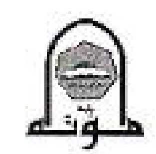


جامعة مؤته

عمادة الدراسات العليا

حـــق التملـــك بالشفعـــــة

دراسة فقهية مقارنـة

إعـــدَاد الطَالبة

حنان سامي محمد موافي

إشراف

الدكتور محمد أحمد الرواشدة

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليـــا
استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
في الشريعة قســـم الفقه وأصولـه

جامعة مؤتة، 2006

بسم الله الرحمن الرحيم



MUTAH UNIVERSITY

Deanship of Graduate Studies

جامعة مؤتة

عمادة الدراسات العليا

نموذج رقم (14)

إجازة رسالة جامعية

تقرر إجازة الرسالة المقدمة من الطالبة حنان سامي موافي الموسومة بـــ:

حق التملك بالشفعة -دراسة فقهية مقارنه

استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله.

القسم: الفقه وأصوله.

	التوقيع	التاريخ	
د. محمد أحمد الرواشده		2006/5/11	مشرفاً ورئيسا
د. أنس مصطفى أبو عطا		2006/5/11	عضواً
د. عبد الله مصطفى الفواز		2006/5/11	عضواً
د. علي محمود الزقيلي		2006/5/11	عضواً

عميد الدراسات العليا

أ.د. أحمد القطامين



MUTAH-KARAK-JORDAN
Postal Code: 61710
TEL :03/2372380-99
Ext. 5328-5330
FAX:03/ 2375694
e-mail: dgs@mutah.edu.jo sedgs@mutah.edu.jo
http://www.mutah.edu.jo/gradest/derasat.htm

مؤتة - الكرك - الأردن
الرمز البريدي: 61710
تلفون: 03/2372380-99
فرعي 5328-5330
فاكس 03/2 375694
البريد الإلكتروني
الصفحة الإلكترونية

الإهداء

إلى أمي...

شجرة العطاء الأثيرة على قلبي.

التي زرعت في نفسي الحب والكرامة.

إلى من ضحت بسنوات عمرها.

ساهرة، داعية، باكية.

تتمنى أن ترى أزهارها قد أينعت.

إلى والدي...

ينبوع العطاء والحنان

الذي علمني كيف يكون الصبر

وكيف تكون العزيمة

ولكن...

إرادة الله شاءت أن يرحل وأنا في منتصف الطريق، ها أنـــا أهـــديك عِــزَّ عطائك، داعيةً الله أن يرحمك بواسع رحمته ويسكنك فسيح جنانه.

إلى زوجي الحبيب (إبراهيم) الذي شملني بعطفه وإخلاصه.

إلى إخواني وأخواتي –حفظهم الله–.

حنان سامي موافي

شكــر وتقديــر

قال تعــالى: ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحاً تَرْضَاهُ﴾[1].

اعترافاً لذوي الفضل بفضلهم، أتقدم بجزيل الشكر وعظــيم الامتنــان إلــى أستاذي الفاضل الدكتور محمد الرواشدة –حفظه الله ورعاه– لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، وبذله أقصى جهده في التوجيه والإرشاد، وأتقدم بخالص شكري إلــى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بمناقشة هذه الرسالة، وعلــى مــا بذلوه من عناية في قراءتها وتدقيقها وتصويبها للارتقاء بها لتخرج بأفضل صورة.

وأتقدم أيضاً بالشكر الجزيل لجامعة مؤتة، ومكتبتها، وأســاتذتي فــي كليــة الشريعة، ولعمادة الدراسات العليا.

وأشكر كل من قدم لي عوناً أو مساعدة في إتمام هذه الرسالة

حنان سامي موافي

(1) سورة النمل، رقم الآية (19).

فهرس المحتويات

قائمة الملاحق

الملخص

حق التملك بالشفعة –دراسة فقهية مقارنة–

حنان سامي موافي

جامعة مؤتة، 2006

تهدف هذه الدراسة للكشف عن أحكام حق التملك بالشفعة وفق أحكام الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون المدني الأردني. ولتحقيق هذه الغاية فقد استخدم المنهج الاستقرائي القائم على استقصاء النصوص الشرعية.

وتتكون هذه الدراسة من خمسة فصول وخاتمة، تضمن الفصل الأول: أدبيات الدراسة وإطارها النظري، والفصل الثاني: خُصص لمفهوم الحق والتملك بالشفعة، مع بيان تكييف وحكم ومقاصد وأسباب حق التملك بالشفعة، وفي الفصل الثالث: تضمن أركان الشفعة، والفصل الرابع: تضمن الإجراءات والآثار المترتبة على حق التملك بالشفعة. وتضمن الفصل الخامس: موانع ومسقطات الشفعة وما يعتبر تحايلاً في مجالها. وفي نهاية الدراسة جاءت الخاتمة التي اشتملت على مجموعة من النتائج والتوصيات، وكان من أبرز نتائجها: أن الشفعة تمثل قيداً خطيراً على حرية التصرف، لذلك وضعت الشريعة لها القيود والشروط والضوابط. ومن أبرز توصياتها إثبات الشفعة للشريك والجار وعدم اقتصار الشفعة على الشريك فقط، كما فعل المشرع الأردني، لأن المقاصد التشريعية للشفعة متحققة عند طلبها من الشريك ومن الجار.

Abstract

Right of ownership by Pre-emption: A comparative Fiqueh study

Hanan Sami Muafi

Mu'tah University, 2006

This study aims to examine the rules of ownership right by pre-emption according to Islamic Fiqueh Rules in comparison with Jordanian Civil law. To achieve this purpose, the perspective bed logy which depends on investigation Shari'a Texts was used .

This study consists of five chapters and conclusion; first chapter includes the literature of the study and its theoretical framework; second chapter dealing with right-ownership by pre-emption concept and the reasons that stand for this right and give a legislative description to it; third chapter includes the props of pre-emption ; chapter four includes the procedures and effects of the pre-emption; chapter five includes deals with barriers of this right and subjects that consider a type of decisiveness. The conclusion includes a set of results and recommendations. Most of these results that pre-emption represents a serious constraint of acting freely, so the Shari'a put the disciplines, conditions, and constraints to control this right.

The most significant of its recommendations, confirming this right not for the partner only ,but also for both partner and neighbor, as the Jordanian legislator did, because the requirements of this right is available when the partner or neighbor asked for it.

الفصل الأول

أدبيات الدراسة وإطارها النظري

1.1 مقدمة

الشفعة حق من الحقوق التي قررتها الشريعة الإسلامية للشريك، وقد أعطى الشارع هذا الحق لهؤلاء خوفاً من أن يصيب أحداً منهم الضرر فيما لو شاركه أو جاوره شخص أجنبي. وهذا نابع من حرص الإسلام على إيجاد مجتمع متماسك تسوده المحبة والوئام، وذلك من خلال القضاء على كل أسباب المشاحنة والمنازعة، فوضع الضوابط والقواعد التي تكفل تحقيق الحقوق لمستحقيها، دون أن يلحق أي جهة من الجهات المتصلة بصاحب الحق حيف أو ضرر من جراء ذلك.

وتعد الشفعة قيداً يرد على حرية التصرف، وسيلة من وسائل كسب الملكية، وهي تثبت للشفيع على خلاف القياس دفعاً لضرر متوقع، بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع.

ولتقدير نظام الشفعة، يتعين التمييز بين الأحوال التي تفضي إلى جمع ما تفرق من حق الملكية، وتلك التي تؤدي إلى تملك الجار للعقار المجاور.

فحيث تؤدي الشفعة إلى جمع ما تفرق من حق الملكية تكون محمودة الأثر، كما في السماح للشريك أن يشفع في الشيوع في الحصة التي باعها أحد الشركاء لأجنبي، وظاهر ما في هذا السماح من جدوى في قضائه على أوضاع غير مرغوب فيها، واستبعاده لتجزئة الملكية، وهي من الأوضاع غير المرغوب فيها من الناحية الاقتصادية.

وحق الشفعة معالج في القانون المدني، إلا أنه عمل على تضييق الأخذ به، حيث أثبت الشفعة فقط للشريك دون الجار لأن ثبوت الشفعة للجار عند بيع العقار المجاور له، لم يعد له ما يسوغه في ظل الحياة الاجتماعية الحديثة، وبخاصة في مجال المباني الحديثة، حيث انتفى فيها ما كان يصيب التجاور في المباني القديمة من أذى، ومن ذلك ما قد يصيب الشفيع بسبب سوء استعمال المشتري لملكه.

2.1 مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في اعتبار الشفعة حقاً لكسب الملكية أو وسيلة لهذا الحق أو رخصة، لذا تتغّيا هذه الدراسة تأصيل هذا الموضوع، وبيان أحكامه وآثاره في الفقه الإسلامي لضبط هكذا إشكالية مع بيان موقف القانون المدني الأردني.

3.1 أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة للآتي:

أ. بيان مفهوم الحق والتملك والشفعة.

ب. بيان حكم حق التملك بالشفعة ومقاصده وأسبابه.\

ج. بيان أركان حق التملك بالشفعة.

د. بيان الإجراءات والآثار المترتبة على حق التملك بالشفعة.

هـ. بيان موانع ومسقطات الشفعة وما يُعد تحايلاً في مجالها.

4.1 أهمية الدراسة ومبرراتها

أ. لما للشفعة من فوائد كثيرة، منها دفع الضرر المتوقع للشفيع بسبب جيرة أو مشاركة شخص آخر له، وفوائد اقتصادية حيث تؤدي إلى تجميع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع أو الحكر أو إنهاء الشيوع.

ب. بيان شروط حق التملك بالشفعة وضوابطه.

ج. بيان موقف القانون المدني الأردني من حق التملك بالشفعة.

د. الحاجة إلى معرفة أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الأردني.

ه. بيان أن الشريعة جاءت للمحافظة على حقوق الإنسان من الضياع، ويعد ذلك من مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة.

و. ارتفاع نسبة دعاوى التملك بالشفعة في المحاكم الأردنية.

5.1 أسئلة الدراسة وفرضياتها

أ. ما مفهوم الحق والتملك بالشفعة؟

ب. ما حكم التملك بالشفعة؟

ج. ما إجراءات التملك بالشفعة؟

د. ما الآثار المترتبة على التملك بالشفعة؟

ه. ما موانع ومسقطات الشفعة؟

و. ما موقف القانون المدني الأردني في حق التملك بالشفعة؟

6.1 الدراسات السابقة

تناول الفقهاء القدامى موضوع الشفعة وخصصوا له باباً مستقلاً، كذلك علماء القانون، ومن أشهر هذه الدراسات التي تناولت هذا الموضوع إضافة لما تضمنته كتب المذاهب الفقهية المختلفة ما يأتي:

1. المعايطة، بسمة. (2003). الشفعة في القانون المدني الأردني.

حيث تناولت في بحثها تعريف الشفعة، وخصائصها، والشخص الذي يحق له طلب الشفعة وشروط الشفعة وآثارها وإجراءاتها. واقتصرت دراستها للشفعة من الناحية القانونية فقط ولم تتطرق إلى أحكام الشفعة في الفقه ولو بشيء يسير، على الرغم من أن أحكام الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي ووجوب الرجوع في تفسير النصوص القانونية إلى أحكام هذا الفقه.

2. السلطان، صالح بن محمد بن سليمان. (2002). أحكام المشاع في الفقه الإسلامي.

تناول في دراسته فيما تثبت فيه الشفعة، ثبوت الشفعة في حقوق الارتفاق، والشفعة في الشقص المنتقل بعوض وبغير عوض، الشفعة في الصفقة إذا جمعت بين عقار ومنقول، أخذ الشفيع نصيب أحد البائعين، أخذ الشفيع بعض الشقص المبيع، أخذ الشفيع أحد العقار بين المبيعين، وكيفية استحقاق الشفعة عند تعدد الشفعاء، وترك أحد الشفعاء للشفعة، ووقت المطالبة بالشفعة.

وتناول آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشة الأدلة وصولاً إلى الرأي الراجح، ولكن لم يتناول كامل الأحكام المتعلقة في الشفعة، فلم يتطرق إلى تعريف الشفعة ومشروعيتها وشروطها وآثارها وإجراءاتها.

3. القدومي، منال فتحي. (1998م). الشفعة في القانون المدني الأردني.

تناولت في بحثها تعريف الشفعة وشروطها وأحكامها وإجراءاتها وآثارها من ناحية قانونية، ولكن لم تتناول في بحثها موانع ومسقطات الشفعة، واقترحت أن يتم تعديل المادة رقم 1156 من القانون المدني الأردني والتي تنص "يشترط في البيع الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقاراً مملوكاً أو منقولاً في نطاق الأحكام التي يقضي بها القانون". وذلك بشطب كلمة (أو منقولاً) لأن حق الشفعة ينحصر في الواقع في تملك العقار دون المنقول.

4. العقاد، الخواض الشيخ. (1993). الشفعة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م مقارناً بالفقه الإسلامي.

تناول في دراسته تعريف الشفعة لغة واصطلاحاً وذكر الأحاديث النبوية الواردة في الشفعة وما يستفاد من هذه الأحاديث وموقف المذاهب الأربعة من أحاديث الشفعة وأسباب الشفعة وشروطها وتزاحم الشفعاء وكيفية الأخذ بالشفعة وأثارها وموانع الشفعة ومسقطاتها وما يعتبر تحايلاً في مجالها، ولكن لم يتطرق إلى موقف المذاهب الأخرى "الزيدية، الشيعة الإمامية، الأباضية، الظاهرية" من أحكام الشفعة.

كانت دراسته تدور حول موضوعات الشفعة الواردة في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 مقارناً بالقانون المدني الأردني لسنة 1976 وقانون الشفعة لسنة 1928، والقانون المدني المصري الجديد وموقف الفقهاء الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة من حق التملك بالشفعة.

5. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. (1988م). خيار الشفعة.

اقتصر بحثه على تكييف الشفعة قانونياً دون بيانه لأحكامها وآثارها، وتوصل في بحثه إلى أن الشفعة رخصة أو إباحة، وعبر عن ذلك بأن الشفعة خيار ورتب على تكييفها بأنها خيار نتائج منها: أن ممارسة الخيار بالإرادة المنفردة للشفيع، كذلك يترتب على الشفعة التأثير في المركز القانوني للمشتري وهي إقصاء المشتري

والحلول محله في تملك المبيع بما يؤدي إلى تحول العلاقة القانونية التي قامت بين البائع والمشتري لتصبح بين البائع والشفيع، كذلك إن خيار الشفعة لصيق بشخص صاحبه؛ أي استعمال الخيار يكون بيده وحده.

6. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء. (1987م). الرياض. الشفعة.

أعدت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء موضوعاً عن الشفعة، تناولت فيه تعريف الشفعة لغة واصطلاحاً ومشروعيتها وحكمتها وتناولت الشفعة بالمرافق الخاصة. وبعد تداول الرأي والمناقشة من الأعضاء قرر المجلس بالأكثرية أن الشفعة تثبت بالشركة في المرافق الخاصة كالبئر والطريق والمسيل ونحوها، كما تثبت الشفعة فيما لا يمكن قسمته من العقار كالبيت والحانوت الصغيرين لعموم الأدلة في ذلك ولدخول ذلك تحت مناط الأخذ بالشفعة وهو رفع الضرر عن الشريك في المبيع وفي حق المبيع.

7. الجندي، محمد. (1985م). الشفعة في القانون المدني الأردني.

تناول في بحثه إجراءات الشفعة وسقوط الشفعة وأحكامها في القانون المدني الأردني، ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة مع القانون المصري والعراقي، ولم يتناول في بحثه تعريف الشفعة وخصائصها وشروطها وصاحب الحق فيها قبل البدء بالإجراءات، ولكن أشار فيه إلى أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي.

7.1 أداة الدراسة ومنهجها

لأجل تحقيق أهداف الدراسة سيتبع الباحث المنهج الاستقرائي (الذي يتمثل في السير من الخاص إلى العام ليشمل جميع الاستنتاجات العلمية المستندة على الملاحظة للتوصل إلى قاعدة كلية تحكم الفرعيات أو التفاصيل)[1].

وكذا منهج الموازنة بين الآراء الفقهية في المذاهب المعتمدة (الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة) وبقية المذاهب الأخرى (الأباضية، الظاهرية، الزيدية،

---

(1) عبيدات، محمد؛ أبو نصار، محمد؛ مبيضين، عقلة، منهجية البحث العلمي القواعد والمراحل والتطبيقات، ط1، عمان، دار وائل، 1997م، ص49.

الشيعة الإمامية). وإبراز موقف القانون المدني الأردني وصولاً للرأي المحقق لهدف هذه الدراسة.

8.1 هيكلية الدراسة

وقد اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تتكون من خمسة فصول وخاتمة وعلى النحو الآتي:

الفصل الأول: وتناول أدبيات الدراسة وإطارها النظري، وشمل على المقدمة ومشكلة الدراسة وأهدافها وأهميتها ومبرراتها وأسئلتها والدراسات السابقة وأداة الدراسة ومنهجها وهيكليتها.

الفصل الثاني: وشمل على مفهوم وتكييف وحكم ومقاصد وأسباب حق التملك بالشفعة فقهاً وقانوناً

الفصل الثالث: تناول أركان الشفعة من الناحية الفقهية والقانونية، وهي الصيغة والشفيع والمشفوع فيه والمشفوع عليه والمشفوع به.

الفصل الرابع: وتضمن الإجراءات والآثار المترتبة على حق التملك بالشفعة فقهاً مقارنةً بأحكام الشفعة في القانون المدني الأردني.

الفصل الخامس: وشمل على موانع ومسقطات الشفعة وما يعتبر تحايلاً في مجالها من الناحية الفقهية والقانونية.

أما **الخاتمة** فتضمنت أهم نتائج الدراسة وتوصياتها.

الفصل الثاني

حق التملك بالشفعة

مفهومه، تكييفه، حكمه، مقاصده، أسبابه

1.2 تحديد مفهوم الحق، والتملك، والشفعة

1.1.2 تحديد مفهوم الحق

مفهوم الحق لغة:

للحق في اللغة عدة معاني منها: اسم من أسماء الله تعالى، وقيل من صفاته[1]، كما يعني الثابت الذي لا يسوغ إنكاره[2]؛ فالحق نقيض الباطل[3]، كما يطلق على الصدق[4]، والواجب[5]، والحظ والنصيب[6].

مفهوم الحق اصطلاحاً:

أولاً: مفهوم الحق عند الأصوليين

هناك اتجاهان لتعريف الحق عند الأصوليين:

الاتجاه الأول: يعرف الحق بأنه الفعل، أي فعل المكلف الذي تعلق به خطاب الشارع.

قال التفتازاني[7]: المحكوم به هو الفعل الذي تعلق به خطاب الشارع، ثم يقول في بيان المحكوم به: أن المحكوم به، إما حقوق الله تعالى، أو حقوق العبد أو ما اجتمعا فيه، والأول غالب، أو ما اجتمعا فيه، والثاني غالب[8].

---

(1) ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم (ت 711هـ)، لسان العرب، ط1، بيروت، دار الكتب العلمي، 2003، ج10، ص60.

(2) الجرجاني، أبو الحسن علي بن محمد بن علي (ت 816هـ)، التعريفات، د.ط، بغداد، دار الشؤون الثقافية العامة، د.ت، ص54.

(3) ابن فارس، أبو الحسين أحمد (ت 395هـ)، مقاييس اللغة، ط1، بيروت، دار الجيل، 1991، ج2، ص15.

(4) الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، د.ط، بيروت، المؤسسة العربية، د.ت، ج3، ص228.

(5) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر (ت 660هـ)، مختار الصحاح، د.ط، بيروت، دار الجيل، 2001، ص165.

(6) ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق)، ج10، ص61.

(7) التفتازاني (712-792هـ) هو سعد الدين مسعود بن عمر بن عبدالله التفتازاني: إمام عظيم وعلامه كبير من فقهاء الشافعية الكبار، وله آثار جليلة في أصول الحنفية، ولد في تفتازان: بلدة بخراسان. أخذ عن أكابر علماء عصره، كعضد الدين الإيجي، تقدم في النحو والصرف والمنطق والمعاني والبيان والأصول والتفسير والكلام، وكثير الاجتهاد، ولم يؤيسه جمود فهمه من الطلب، انتهت إليه رئاسة الحنفية في عصره، حتى وليَّ قضاء الحنفية، توفي بسمرقند ونقل جثمانه إلى سرخس، فدفن فيها. انظر، السوسي، أبو الطيب مولود السريري، معجم الأصوليين، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002م، ص548-550.

(8) التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر (ت792هـ)، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ج2، ص151.

الاتجاه الثاني: فقد أطلقوا لفظ الحق على الحكم؛ فالإمام القرافي[1] ذهب إلى أن حق الله تعالى هو نفس الخطاب الشرعي؛ أي نفس الحكم، فقد قال: "فحق الله أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه"[2].

والتعبير عن الحق بلفظ الحكم تعبير مبهم لا يبين حقيقة الحق ومميزاته، هذا فضلاً عن أن الحق أثر للحكم ينشأ عنه وليس هو إياه[3]، فعلاقة الحق بالحكم علاقة المسبب بالسبب[4].

ثانياً: مفهوم الحق في الفقه الإسلامي

عرف الحنفية الحق بأنه: ما يستحقه الرجل[5].

ويؤخذ على هذا التعريف بأن فيه دور، وهو أن يؤخذ من التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته، فإذا قيل الحق هو ما يستحقه الرجل، فإنه يتعذر معرفة الحق الاصطلاحي إلا بفهم معنى كلمة (مستحق)، وهذا لا يفهم معناها إلا بمعرفة الحق فيحصل التمانع[6].

---

(1) القرافي (626–684هـ). هو شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي الأصل، المصري، القرافي، المالكي، فقيه، أصولي، مفسر، متكلم، نظار، متفنن، مشارك أديب. ولد بمصر ونشأ بها، وقد اشتهر بالقرافي، وسبب اشتهاره به أنه كان إذا خرج من منزله في دير الطين بمصر القديمة ذهب إلى المدرسة مرّ في الطريق بمقبرة تسمى القرافة. وحدث أن كان أسماء الطلبة في ثبت سماعهم للكتاب عند الفراغ منه لم يعرف اسمه. وكان هو حينئذٍ غائباً، فأثبته باسم القرافي لاعتياده المجيء من تلك الطريق، فلزمته هذه النسبة، وقد أخذ العلم عن جماعة من شيوخ عصره، منهم عز الدين بن عبدالسلام، وكان القرافي ذا مهارة في الصناعة، وذا ذكاء خارق فيها، مؤلفاته في أصول الفقه، كتاب الفروق، ونفائس الأصول في شرح المحصول، وكتاب العقد المنظوم في أحكام الخصوص والعموم، وكتاب التنقيح في الأصول ، وكتاب الذخيرة. انظر، السوسي، معجم الأصوليين (مرجع سابق)، ص43–47.

(2) القرافي، شهاب الدين أبي العباس، الفروق، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ج1، ص140.

(3) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، د.ط، دمشق، دار الفكر، 1967، ص13.

(4) الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط3، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1984م، ص187.

(5) ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط3، بيروت، دار المعرفة، 1993م، ج6، ص148.

(6) الزرقا، المدخل الفقهي (مرجع سابق)، ج3، ص14.

وهناك تعريف آخر للحنفية، فقد عرفوه بأنه: الموجود من كل وجه، الذي لا ريب فيه. ومنه السحر حق، والعين حق؛ أي موجود بأثره[1].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه تعريف للحق بمعناه اللغوي لا الاصطلاحي[2].

وهنالك أربعة اتجاهات لتعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن الحق هو: (مصلحة مستحقة لصاحبها شرعاً)[3]. وهو رأي علي الخفيف.

ويؤخذ على هذا التعريف أن الحق ليس مصلحة بل هو وسيلة إلى مصلحة[4].

الاتجاه الثاني: فقد عرَّف أحمد أبو سنه الحق بأنه: (ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير)[5].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع، إذ عرفه بما يشمل الإباحات العامة، فهي مما يثبت شرعاً للإنسان، ولكنها لا تعتبر حقّاً بالمعنى الدقيق وإنما هي رخصة.

ويؤخذ على هذا التعريف أيضاً أنه غير جامع، حيث يفهم من عبارة (للإنسان أو لله تعالى) أنه لا يثبت حق لغيرهما، والواقع أنه تثبت لغير الإنسان من الأشخاص الاعتبارية، (كبيت المال والوقف والشركات) حقوقاً[6].

الاتجاه الثالث: عرف فتحي الدريني الحق بأنه: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة"[7]، كما عرَّف مصطفى الزرقا بأنه: "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"[8].

---

(1) البزدوي، علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد (ت730هـ)، كشف الأسرار، د.ط، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، د.ت، ج4، ص143.

(2) الدريني، الحق (مرجع سابق)، ص185.

(3) الخفيف، علي، المنافع، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشئون القانونية والاقتصادية، العددان الثالث والرابع، الجيزة، جامعة فؤاد الأول، 1950م، ص98.

(4) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (مرجع سابق)، ص188.

(5) أبو سنه، أحمد فهمي، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، د.ط، مصر، دار التأليف، 1967م، ص50،

(6) أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية (مرجع سابق) ص53.

(7) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (مرجع سابق)، ص193.

(8) الزرقا، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، ج3، ص10.

ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه عرف الحق تعريفاً جامعاً لأنواعه مانعاً من دخول غيره فيه، ولكن يؤخذ عليه أنه عرف الحق بما يلازم وجوده؛ فالاستئثار أثر للحق، والشرع يحكم أولاً بوجود الحق وبعد اعترافه به يمنح صاحبه الاختصاص به[1].

الاتجاه الرابع: فقد عرف هاني الطعيمات الحق بأنه: "ما ثبت على وجه الاختصاص وقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً تحقيقاً لمصلحة معينة"[2].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه ذكر "تحقيقاً لمصلحة معينة" فذكر الأثر وهو لا يدخل في التعريف، وقوله "معينة" كلمة مبهمة.

التعريف المختار

يمكن تعريف الحق بأنه: ما ثبت على وجه الاختصاص وقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً، وهذا التعريف يختلف عن تعريف مصطفى الزرقا، بقولنا "ما ثبت على وجه الاختصاص"، في حين أن الزرقا قال: الحق "اختصاص".

فلو قلنا اختصاص، فالاختصاص أثر للحق والشرع يحكم أولاً بوجود الحق وبعد اعترافه به، يمنح صاحبه الاختصاص به، لذلك قلنا ما ثبت على وجه الاختصاص، وهذا ما عبر عنه هاني الطعيمات في تعريفه.

رابعاً: مفهوم الحق في القانون الوضعي

كثر الجدل بين فقهاء القانون الوضعي في تعريف الحق؛ لذلك ظهرت ثلاثة اتجاهات تبين ماهية الحق، اتجاه شخصي، واتجاه موضوعي، واتجاه مختلط بين الشخصي والموضوعي، واتجاه حديث وفيما يأتي بيان لهذه الاتجاهات:

الاتجاه الشخصي: يعرف أصحابه الحق بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص[3]".

---

(1) الطعيمات، هاني، إسقاط الحقوق وتوريثها في الشريعة الإسلامية، مصر، جامعة القاهرة، 1991م، رسالة دكتوراه غير منشورة، ص13.

(2) المرجع السابق، ص13-14.

(3) الصدة، عبدالمنعم فرج، أصول القانون، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1978م، ص312.

لقد نظر أنصار هذا الاتجاه في تعريف الحق إلى شخص صاحب الحق، وقد وجه النقد إلى هذا المذهب: ذلك إنه يربط بين الحق والإرادة فيرى إن الحق قدرة إرادية، مع أن الحق قد يثبت للشخص دون أن تكون له إرادة كالمجنون والصبي غير المميز، بل أن الحق قد يثبت للشخص دون علمه أو دون تدخل إرادته كما هو الشأن بالنسبة للغائب قد تثبت له حقوق دون علمه، والوارث قد تنشأ له حقوق في التركة دون تدخل من إرادته لمجرد وفاة مورثه؛ ومن ناحية أخرى فإن أنصار هذا المذهب قد خلطوا بين الحق وبين استعماله، أو بين وجود الحق وبين مباشرته فالحق يوجد ولو دون تدخل من الإرادة، أما مباشرته أو استعماله فلا تكون إلا عن طريق الإرادة، فالصبي غير المميز تثبت له حقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها، بل يباشرها من ينوب عنه (الولي أو الوصي). ولو قيل بأن الحق سلطة إرادية لقيل أنه لا حق للصبي وإن الحق يثبت لمن ينوب عنه وهذا ما لم يسلم به أحد، ومن هذا يتبين لنا أن المذهب الشخصي لا يعرف فكرة الحق ذاتها، بل ينصرف تعريفه إلى مباشرة الحق. فإنه يكون معيباً[1].

الاتجاه الموضوعي: نظروا في تعريفهم للحق إلى موضوعه والغاية منه وليس إلى شخص صاحب الحق؛ لذلك عرفوا الحق بأنه: مصلحة يحميها القانون[2].

لأنهم لاحظوا أن الحق يثبت لذوي الإرادة ولعديم الأهلية على حد سواء، فالعبرة إذن ليست بالإرادة التي تنشط أو تسود وإنما بغاية الإرادة.

ولقد انتقدت هذه النظرية أيضاً على أساس أنها تعرف الحق بهدفه والغاية منه وهي المصلحة، ومن الخطأ تعريف الحق بالغاية منه، إذ لا ينبغي الخلط بين الحق وغايته لأن الحق ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة[3].

الاتجاه المختلط: وهذا الاتجاه يجمع في تعريف الحق بين عنصري الإرادة[4] والمصلحة[1]، وبعض أنصار هذا الاتجاه يُغلِّب دور الإرادة على دور المصلحة، فيعرف

(1) فرج، توفيق حسن، المدخل للعلوم القانونية، د.ط، القاهرة، دار الثقافة الجامعية، 1983م، ص320.

(2) الداودي، غالب، المدخل إلى علم القانون وبخاصة الأردني، ط2، إربد، مطبعة البهجة، 1993م، ص216.

(3) كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ط5، الإسكندرية، المعارف، د.ت، ص434.

(4) الإرادة لغة: صفه توجب للحي حالة يقع فيها الفعل على وجه دون وجه، وتعني ميل يعقب اعتقاد النفع، وأيضاً تعني جمرة من نار المحبة في القلب لإجابة دواعي الحقيقة، فهي، مطالبة القلب غذاء الروح من طيب النفس. انظر، الجرجاني، التعريفات (مرجع سابق)، ص17.

الحق بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية، يعترف بها القانون ويحميها، لشخص من الأشخاص، في سبيل تحقيق مصلحة معينة"[2]، بينما غلب البعض الآخر دور المصلحة على دور الإرادة، فعرف الحق بأنه: "مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون عن طريق القدرة المعترف بها للإرادة لتمثيلها والدفاع عنها[3].

ويتضح من هذا التعريف أنه يتراوح بين الإرادة والمصلحة ولهذا يمكن أن يوجه إليه ذات الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهين السابقين.

الاتجاه الحديث: نتيجة للانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهات السابقة ظهر اتجاه حديث حاول أن يتجنب تعريف الحق بالإرادة أو المصلحة أو أن يجمع بينهما؛ ولذا أتى بتعريف مستحدث أبرز فيه عناصر الحق، فالحق عندهم هو: "ميزة يخولها القانون لشخص ويضمنها بوسائله، إما باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها مستحقة له[4].

الإرادة اصطلاحاً: يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية أنها تمر في مراحل أربعة، الأولى: هي مرحلة التصور، وفيها يستحضر الشخص العمل القانوني الذي يريد إبرامه، الثانية: مرحلة التدبر وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج، والثالثة هي مرحلة التصميم، وفيها يبت الشخص بالأمر، وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة أو هي الإرادة نفسها، والرابعة مرحلة التنفيذ التي ينقل فيها الشخص إرادته من كامن نفسه إلى العالم الخارجي، فيفصح عن إرادة معينة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين. انظر، سلطان، أنور، مصادر الالتزام، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1983م، ص55.

(1) المصلحة لغة: صلح. الصَّلاح ضد الفساد، والمصلحة واحدة المصالح، وأصلح الشيء بعد إفساده: أقامه. انظر، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج2، ص611. المصلحة اصطلاحاً: وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي النفع منه، دائماً أو غالباً للجمهور أو للآحاد. انظر، الأشقر، عمر سليمان عبدالله، نظرات في أصول الفقه، عمان، دار النفائس، 1999م، ص222. وعرَّفها القانونيون أنها: الغاية العملية التي يحققها الحق لصاحبه. انظر، البدراوي، عبدالمنعم، المدخل للعلوم القانونية، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1966م، ص442.

(2) سعد، نبيل إبراهيم؛ قاسم، محمد حسن، المدخل إلى القانون، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية،د.ت، ص271.

(3) سعيد؛ قاسم، المدخل إلى القانون (مرجع سابق) ص271.

(4) الصدة، أصول القانون، (مرجع سابق)، ص314.

فعناصر الحق بموجب هذا التعريف هي[1]:

1. الاستئثار بمال أو قيمه، أي اختصاص شخص دون سائر الناس وعلى سبيل الانفراد بمال معين أو بقيمة معينة، بحيث يتيح له ذلك بأن يقول أن هذا المال مالي.
2. تسلط صاحب الحق؛ أي قدرة صاحب الحق على التصرف في الشيء موضوع الحق بحرية وبالكيفية والحدود التي رسمها القانون.
3. لزوم وجود آخرين يحترمون هذا الحق، ذلك لأن الحق وإن كان ميزة لصاحبه، إلا أنه يقتضي في الوقت ذاته وجود شخص أو أكثر يسري الحق في مواجهتهم ولا يعترضونه في ذلك، فمضمون هذا العنصر من عناصر الحق هو أن جميع الناس، غير صاحب الحق، ملزمون باحترام هذا الحق؛ فإذا وقع العدوان عليه من الغير كان لصاحبه أن يدفع هذا العدوان عن طريق القضاء.
4. الحق لا يكتمل إلا إذا تكفل القانون بحمايته، فالدعوى القضائية يرسمها القانون لتحقيق هذه الحماية لأن صاحب الحق لا يستطيع حماية حق بنفسه، بل لا بد من تدخل السلطة العامة لحمايته.

2.1.2 تحديد مفهوم التملك

مفهوم التملك لغة:

الملك: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به[2].

الميم واللام والكاف أصلٌ صحيح يدل على قوة في الشيء وصحة[3]، وملَّكَهُ الشيء تمليكاً أي جعله مِلْكاً له، وتملَّكه، أي ملكه قهراً[4].

---

(1) الداودي، المدخل إلى علم القانون، (مرجع سابق)، ص217؛ فرج، المدخل للعلوم القانونية، (مرجع سابق)، ص222–227؛ الصدة، أصول القانون (مرجع سابق)، ص314–315.

(2) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، (مرجع سابق)، ج3، ص320.

(3) ابن فارس، مقاييس اللغة، (مرجع سابق)، ج5، ص351–352.

(4) الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح، ط4، بيروت، دار العلم، 1990م، ج4، ص1609–1610.

مفهوم التملك اصطلاحاً:

يستعمل الفقهاء لفظ الملك كما يستعملون لفظ المالكية والمملوكية والملكية إلا أن أكثرها شيوعاً هو لفظ الملكية.

عرف الحنفية الملك بأنه: "القدرة على التصرف في المحل شرعاً"[(1)].

وعرف المالكية الملك بأنه: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعرض عنه من حيث هو كذلك[(2)]، ويؤخذ على هذا التعريف أنه بين المحل بقوله في العين أو المنفعة، وهو ل يدخل في التعريف.

وعرّف الشافعية الملك بأنه: "القدرة على التصرفات التي لا تتعلق بها تبعةٌ ولا غرامةٌ دنيا ولا آخرة"[(3)].

وتعريف الملك بأنه قدرة، فالقدرة هو موضوع الملك وأثره وليس تعريفه، كذلك الصبي والمجنون يملكان المال ولا يقدران على التصرف فيه[(4)].

وعرف الحنابلة الملك بأنه: "القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية"[(5)].

ويمكن أن يناقش هذا التعريف أن هناك فرق بين الملك والتصرف[(6)] ووضح هذا الفرق القرافي حيث قال: "لا يمكن أن يقال الملك هو التصرف لأن المحجور

---

(1) ابن الهمام، كمال الدين بن عبدالواحد السيواسي، (ت681هـ)، شرح فتح القدير، ط2، بيروت، دار الفكر، د.ت، كتاب البيوع، ج6، ص247.

(2) القرافي، الفروق (مرجع سابق)، ج3، ص208.

(3) الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي، (ت794هـ)، المنثور في القواعد، ط1، مؤسسة الفليج، الكويت، ج3، ص 223.

(4) العبادي، عبدالسلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، ط1، عمان، مكتبة الأقصى، 1974م، ص143.

(5) ابن تيمية، أحمد تقي الدين، مجموع فتاوى شيخ الإسلام، دار الرحمة، د.م، د.ت، ج29، ص178.

(6) التصرف لغة: الصَّرف: رد الشيء عن وجهه، صرفه يصرفه صرفاً، وصرَّف الشيء عمله في غير وجهه، والصَّرْف فصل الدرهم على الدرهم والدينار على الدينار، والتصريف في جميع البياعات إنفاق الدراهم. انظر، ابن منظور، لسان العرب (المرجع السابق)، ج9، 226-227. والتصرف قانوناً: هو إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني سواء كان ذلك الأثر إنشاء حق شخصي أو عيني، أو إنشاء حالة عائلية. انظر، سوار، محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، د.ط، دمشق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1994م، ج1، ص36-37.

عليه يملك ولا يتصرف فهو حينئذٍ غير التصرف؛ فالتصرف والملك كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، فقد يوجد التصرف بدون الملك كالوصي والوكيل والحاكم وغيرهم يتصرفون ولا ملك لهم، ويوجد الملك بدون التصرف كالصبيان والمجانين وغيرهم يملكون ولا يتصرفون ويجتمع الملك والتصرف في حق البالغين الراشدين النافذين للكلمة الكاملين الأوصاف[1].

مفهوم التملك عند الفقهاء المعاصرين

عرَّف مصطفى الزرقا الملكية بأنها: اختصاص حاجز شرعاً لصاحبه التصرف إلاَّ لمانع[2].

وعرف عبدالسلام العبادي الملك بأنه: "اختصاص إنسان بشيء يخوله شرعاً الانتفاع والتصرف فيه وحده ابتداء إلا لمانع"[3].

وعرَّفها وهبه الزحيلي بأنها: اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي[4].

وعرَّفها محمد أبو زهرة بأنها: العلاقة التي أقرَّها الشارع بين الإنسان والمال وجعله مختصاً به، بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعاً، وفي الحدود التي بينها الشرع الحكيم[5].

وعرّفها علي الخفيف بأنها: حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به، والتصرف فيه إلاّ لعارض شرعي يمنع من ذلك[6].

وعرَّف محمد سكحال المجاجي الملك بأنه: إباحة شرعية في عين او منفعة، تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة، وأخذ العوض عنها من حيث هي كذلك[7].

---

(1)القرافي، الفروق، (مرجع سابق)، ج3، ص208.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، ج1، ص241.

(3) العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (مرجع سابق)، ص150.

(4) الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، دمشق، دار الفكر، 1989م، ج5، ص57.

(5) أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996م، ص65.

(6) الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996م، ص42.

(7) المجاجي، أحكام عقد البيع، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2001، ص16.

التعريف المختار

لعل تعريف العبادي هو التعريف المختار، وذلك لأنه ابرز فيه الأمور التالية:

1. أنه اختصاص أو علاقة يختص بها الإنسان بشيء.
2. إن موضوع هذا الاختصاص القدرة على الانتفاع والتصرف بهذا الشيء.
3. إن هذا الانتفاع والتصرف قد يمنع منهما مانع، كما في المحجورين، كالصغير أو المجنون.
4. إن هذا الانتفاع أو التصرف قد يتم أصالة أو وكالة.
5. وكل هذا مقررة أحكامه في الشرع جملةً وتفصيلاً، وبهذا يكون تعريفه مانعاً جامعاً.

مفهوم حق الملكية في القانون المدني الأردني

عرفت المادة رقم 1018 فقرة 1 من القانون المدني الأردني حق الملكية بأنه: "سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً"[1].

ويلاحظ أن المشرع الأردني قد واكب في تعريفه لحق الملكية تعريف الحنفية سابق الذكر.

3.1.2 تحديد مفهوم الشفعة

مفهوم الشفعة لغة:

من الشفع وهو خلاف الوتر، وهو الزوج وشفعة الضحى: ركعتا الضحى، والشُّفْعة، والشُّفُعة في الدار والأرض: القضاء بها لصاحبها، والشفعة الزيادة وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه لدى ما عندك فتزيده وتشفعه بها أي أن تزيده بها، والشفعة في الملك معروفة وهي مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأن كان واحداً وتراً وصار زوجاً شفعاً[2].

---

(1) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(2) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج8، ص217-220.

مفهوم الشفعة اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في بيان حقيقتها تبعاً لاختلافهم في بعض الأحكام المتعلق بها عندهم.

فعرفها الحنفية بأنها: "حق التملك بالعقار لدفع ضرر الجوار"[1].

وهناك تعريف آخر للشفعة عند الحنفية، فهي: "تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه"[2].

محترزات التعريف[3]

قوله "تمليك": جنس شمل تمليك العين والمنافع.

وقوله "البقعة": قيد خرج به تمليك المنافع.

وقوله "جبراً": أخرج به البيع فإنه يكون بالرضا.

وقوله "بما قام عليه": يعني حقيقة أو حكماً.

وعرفها الجمهور وهم: المالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، والزيدية[7]، والأباضية[8]، والشيعة الإمامية[9]، بتعاريف متقاربة مضمونه أن حق الشفعة حق تملك قهري يثبت للشريك القديم، على الحادث في ما ملك بعوض.

---

(1) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي (ت743هـ)، تبيين الحقائق وشرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عزو عناية، ط1، بيروت، دار الكتب العملية، 2000م، ج6، ص347.

(2) الغنيمي، عبدالغني، ت(428هـ)، اللباب في شرح الكتاب، د.ط، المكتبة العلمية، بيروت، 1993م، ج1، ص106؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (مرجع سابق)، ج8، ص143.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (مرجع سابق)، ج8، ص143.

(4) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير، د.ط، القاهرة، دار المعارف، د.ت، ج3، ص629-630؛ الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق محمد عبدالسلام شاهين، ط1، بيروت، دار الكتب العملية، 1995م، ج3، ص399.

(5) الشربيني، محمد، مغني المحتاج، د.ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، ج2، ص296؛ الماراني، ضياء الدين أبي عمرو (ت602هـ)، تكملة المجموع شرح المهذب، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002، ج15، ص615.

(6) ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد (ت972هـ)، منتهى الإرادات، تحقيق عبدالله التركي، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج3، ص224.

(7) المرتضى، المهدي لدين الله أحمد بن يحيى، (ت830هـ)، البحر الزخار، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2001م، ج5، ص3؛ الشوكاني، محمد بن علي (ت1250هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، تحقيق محمود إبراهيم زايد، ج3، ص169-172.

(8) إطفيش، محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، د.ط، سلطنة عُمان، وزارة التراث القومي والثقافة، 1988م، ج11، ص320.

(9) الحلّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، (ت767هـ)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ط1، نجف، مطبعة الآداب، 1969م، ج3، ص253.

محترزات التعريف[1]

قوله "حق تملك": فقد استوفينا الكلام عليهما، فليس ما يدعو لتكرار القول.

وقوله "قهري": بالرفع صفة للحق بمعنى الاستحقاق، أي أن ذلك الاستحقاق قهري يثبت بمجرد البيع من غير رضا المشتري الحادث، ولا يحتاج للفظ إلا عند التملك، إذ لا يلزم لاستحقاق التملك حصول الملك والجر صفة للتملك، ومعنى قوله "قهرياً" أي متى بذل المستحق الثمن ووجدت الصيغة حصل قهراً على المشتري، والأول أظهر وأنسب.

وقوله "للشريك": أي، المالك للرقبة، لا نحو موصى له بمنفعة وموقوف عليه.

وقوله "فيما ملك": أي متعلق بـ"يثبت" وهو قيد خرج به ما وقف فلا شفعة فيه، فإذا وقف أحد الشريكين نصيبه على جماعة لم يكن لشريكه الأخذ بالشفعة من الموقوف عليهم.

وقوله "بعوض": قيد خرج ما ملك بغير عوض كإرث ووصية وهبة فلا شفعة فيه، وما ملك بعوض يشمل المبيع والمهر وعوض الخلع والصلح عن دم.

التعريف المختار

ويمكن تعريف حق الشفعة بأنه: حق تملك الحصة المنتقلة من يد مالكها القديم بقوة القانون بما يقابل عوضها ونفقاتها، فذكرنا كلمة الحصة بدل كلمة العقار، وذلك لأن اقتصار الشفعة على العقار ليس محل اتفاق بين الفقهاء، فكلمة الحصة كلمة تشمل العقار والمنقول، وذكر المالك القديم بدل كلمة الشريك أو الجار، إذ كون الشفعة في الشركة فقط أو في الشركة والجوار محل خلاف.

مفهوم الشفعة في القانون المدني الأردني

عرَّفت المادة رقم (1150) من القانون المدني الأردني[2] الشفعة بأنها: حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات.

---

(1) الماراني، ضياء الدين أبي عمرو (ت602هـ)، تكملة المجموع شرح المهذب، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002، ج15، ص615.

(2) القانون المدني الأردني، رقم 23 لسنة 1976م.

2.2 تكييف الشفعة

كيّف الفقهاء[1] الشفعة بأنها خياراً يثبت للشفيع لدفع الضرر عن المال فأشبه خيار القبول.

بينما اختلف علماء القانون في تكيّيف الشفعة بين قائلٍ بأنها حق أم رخصة[2] وإذا كانت حق هل هي حق عيني[3] أم حق شخصي[4].

الاتجاه الأول: أنها حق عيني "إذ تخول للشفيع حقاً مباشراً يسري بالنسبة للكافة"[5]. وقصدوا من ذلك أن يرتبوا على ذلك نتائج، من أهمها: أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها ولم يكونوا في حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة، إذ كان يكفيهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقاري، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى[6].

---

(1) القرافي، الفروق (مرجع سابق)، ج3، ص275؛ الشيرازي، أبو إسحق (ت476هـ)، المهذب، تحقيق محمد الزحيلي، ط1، جدة، دار البشير، 1996م، ج3، ص456؛ ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد (ت630هـ)، المغني والشرح الكبير، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ج5، ص482.

(2) **الرخصة:** تخيير بين بدائل معروفة مقدماً وهذا بخلاف الحرية حيث يكون التخيير بغير حدود، ونتائجه تكون غير معلومة مقدماً، كما تختلف الحرية عن الرخصة في وجود السبب الذي يمنح مكنة الاختيار، فالسبب موجود في الرخصة متخلف في الحرية، فحرية التملك تعني حرية مطلقة في سلوك أي سبيل للتملك أو في عدم سلوكه. أما رخصة التملك فتعني جريان سبب يقتضي المطالبة بالتملك، فالشفيع قبل بيع الشريك لنصيبه له حرية التملك، إما إذا باع الشريك نصيبه، عندئذٍ يكون للشفيع رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة أو عدم المطالبة بها. انظر، أبو السعود، رمضان، النظرية العامة للحق، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص37.

(3) الحق العيني هو حق يتمثل في سلطة لشخص تنصب مباشرة على شيء مادي معين، كحق الملكية. انظر، الصده، عبدالمنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1982م، ص4، 5.

(4) الحق الشخصي: هو حق يتمثل برابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين. انظر، الصدة، الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ص5.

(5) زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، د.ط، مطبعة جامعة القاهرة، 1978م، ص387.

(6) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، د.ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1968م، ج9، ص447.

الاتجاه الثاني: إنها حق شخصي "يمنح لاعتبارات شخص الشفيع وظروفه الخاصة"، وإن القائلين بأن الشفعة حق شخصي لا يقصدون بهذا التعبير أنها حق دائنية، يقابل الحق العيني بل يريدون به أنها حق لصيق بشخص الشفيع، وهذا قصده صحيح في ذاته، ولكنه بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصي المقابل للحق العيني، إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع[1] فلا يورث عنه ولا يجوز حوالته ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا اسمه. ولم يكونوا هم أيضاً في حاجة إلى معارضة صفة العينية بصفة الشخصية، فمعنى الشخصية الذي قصدوا إليه لا يتعارض مع معنى العينية[2].

الاتجاه الثالث: أنها حق ذو طبيعة مختلطة يرد على عقار ليكون عيناً وتقرر لاعتبارات شخصية ليكون شخصياً[3].

الاتجاه الرابع: قالوا إن الشفعة حق من الحقوق الترخيصية "وهي الحقوق التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادة منفردة، وينشأ عنها مركز قانوني جديد منشئ لحقوق والتزامات وهذه الحقوق لها قيمة مالية". فالحق في الأخذ بالشفعة باعتباره حقاً ترخيصياً يعبر عن مكنه اختيارية تتقرر في حالة بيع عقار لشفيع عين القانون أحواله، وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة ليحل محل المشتري إذا توافرت شروط معينة[4].

الاتجاه الخامس: جعل من الشفعة حقاً ورخصة في آن واحد، فهي رخصة قبل استعمالها من الشفيع، وهي حق بعد استعمالها، فهي رخصة من حيث أن الشفيع لا يجبر على استعمالها، وهي حق من حق إن استعمالها يؤدي إلى التزام المشتري بها[5].

---

(1) زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ص387.

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، ج9، ص447.

(3) زكي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ص387.

(4) سعد، نبيل إبراهيم، الشفعة علماً وعملاً، د.ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997م، ص11.

(5) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، خيار الشفعة، مجلة الحقوق، العدد الثاني، 1988م، ص17.

الرأي المختار

لعل الرأي المختار الذي جعل الشفعة واقعة مادية تُعد سبباً لكسب الملكية كالميراث أو الالتصاق أو الحيازة، وكما لا يمكن التساؤل عمَّا إذا كان الميراث، أو الالتصاق، أو البيع، حقاً عينياً أو حقاً شخصياً؛ لأن كل أولئك أسباب لكسب الحق، فكذلك لا يمكن التساؤل عما إذا كانت الشفعة حقاً عينياً أو حقاً شخصياً لأنها مثله سبب لكسب الحق، فالشفعة ليست حقاً لأن الحق يتميز بمحله الذي قد يكون شخصياً أو عينياً، والشفعة ليس محلها الشخص، ولا العين التي يملكها، وإنما يتحدد محلها في تملك هذه العين، فالشفعة رخصة تمنح الشفيع الخيار بين تملك المال المبيع أو رفضه.

نتائج اعتبار الشفعة خياراً أو رخصة

يترتب على تكييف الشفعة بأنها خيار العديد من النتائج القانونية منها[1]:

أولاً: ممارسة الخيار بالإرادة المنفردة للشفيع.

أي إذا أعلن الشفيع رغبته بالأخذ بالشفعة فإن أثره يترتب دون توقف على إرادة المشتري أو البائع، فاستعمال الشفيع لخياره تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة.

ثانياً: يترتب على الشفعة التأثير على المركز القانوني للمشتري وذلك بإقصاء المشتري والحلول محله في تملك المبيع بما يؤدي إلى تحول العلاقة القانونية التي قامت بين البائع والمشتري لتصبح بين البائع والشفيع.

ثالثاً: خيار الشفعة لصيق بشخص صاحبه، ويترتب على اتصال خيار الشفعة بشخص الشفيع، أن استعمال الخيار يكون بيده وحده، حيث أنه يقوم على اعتبارات شخصية، لذلك فإن استعمال الشفيع لخيار الشفعة يستبعد من رقابة القضاء، الذي لا يملك التعقيب على أخذ الشفيع بالشفعة أو رفضه ذلك، كما يترتب على تلك الصفة الشخصية لخيار الشفعة عدم إمكان استعمالها من غير الشفيع، وعدم إمكان حوالتها إلى الغير.

---

(1) أبو الليل، خيار الشفعة (مرجع سابق)، ص84، 86، 88.

3.2 حكم الشفعة

اختلف الفقهاء في حكم الشفعة إلى مسارين:

المسار الأول: يرى أنها مباحة، بمعنى أنها حق اختياري للشـــفيع لـــه أن يطالب به، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية[1]، المالكيـــة[2]، الشـــافعية[3]، الحنابلة[4]، الظاهرية[5]، الزيدية[6]، الأباضية[7].

واستدلوا على ذلك بالسنة والإجماع.

أولاً: من السنة

عن جابر بن عبدالله – رضي الله عنهما– قال: "قضى رسول الله صـــلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة"[8]. وفي لفظ "إنما جعل النبي – صلى الله عليه وسلم – الشفعة"[9]. وفي لفظ: "قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: "إذا وقعـــت الحـــدود،

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص349.

(2) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص629-630.

(3) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص269.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص459.

(5) ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، تحقيق عبدالغفار البنداري، بيروت، دار الكتب العلمية، 1988م، ج8، ص3.

(6) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص3.

(7) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص320.

(8) البخاري، أبو عبدالله أحمد بن إسماعيل (ت256هـ)، صحيح البخاري، ط1، بيروت، دار الكتب العلميـــة، 2001م، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ص405؛ النسائي، سنن النسائي، القاهرة، دار الحـــديث، 1987م، ج7، ص320

(9) ابن ماجة، أبو عبدالله محمد بن يزيد (ت 275هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبـــدالباقي، كتـــاب الشفعة، باب إذا وقعت الحدود فلا شـــفعة، رقمـــه 2497، ص834؛ أبـــو داود، ســـليمان بـــن الأشـــعث، (ت275هـ)، سنن أبي داود، القاهرة، دار المصرية، 1988م، كتاب البيوع، باب في الشفعة، رقمه 3514، ج3، ص284.

وصرفت الطرق فلا شفعة"[1]. وهناك لفظ آخر: "قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة"[2].

"قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة في كل شركة لم تقسم رَبْعه[3] أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به"[4].

أن النبي –صلى الله عليه وسلم–: "قضى بالشفعة بين الشركاء في الدور والأرضين"[5].

وجه الدلالة من الأحاديث: قضاء النبي بالشفعة بين الشركاء دليل على الإباحة، فلو لم تكن مباحة لما قضى بها النبي – صلى الله عليه وسلم –[6].

ثانياً: الإجماع

أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[7].

المسار الثاني: يرى أصحابه أنها غير مباحة، بمعنى أنها ليست حقّاً للشفيع يطالب به[8]، وذهب إلى ذلك أبو بكر الأصم[9].

---

(1) الترمذي، أبو عيسى محمد (ت279هـ)، سنن الترمذي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1987م، كتاب الأحكام، باب ما جاء إذا حدث الحدود، رقمه 1370، ج3، ص652؛ البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسن (ت458هـ)، السنن الكبرى، بيروت، دار المعرفة، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ج6، ص104.

(2) ابن أنس، مالك، الموطأ، ط2، بيروت، دار الجيل، 1993م، كتاب الشفعة، باب ما تقع فيه الشفعة، ص623.

(3) رَبْعه لغة: الرَّبْع المنزل والدار بعينها، يقال: ما أوسع ربع بني فلان! أي منازل بني فلان. انظر، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج8، ص121.

(4) مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج (ت261هـ)، صحيح مسلم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2001م، كتاب المساقاة، باب الشفعة، رقمه134، ص625؛ أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الشفعة، رقمه3513، ج3، ص283؛ البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الشفعة باب فيما لم يقسم، ج6، ص104.

(5) البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الشفعة، باب لا شفعة فيما ينقل ويحول، ج6، ص109.

(6) البرشومي، عبدالفتاح عبدالله، الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة، دار الطباعة المحمدية، 1988، ص12.

(7) ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم (ت318هـ)، الإجماع، تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد، ط2، عجمان، مكتبة الفرقان، د.ت، ص136.

(8) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص460؛ الزركشي، شمس الدين محمد (ت772هـ) شرح الزركشي على مختصر الخرشي، تحقيق كمال الجمل، ط1، المنصورة، مكتبة الإيمان، 1999م، ج5، ص402؛ ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، الرياض، دار عالم الكتب، 2003م، ج9، ص351.

(9) عبدالرحمن بن كيسان أبو بكر الأصم المعتزلي، صاحب المقالات في الأصول، كان من أفصح الناس، وأورعهم، وأفقههم، من تلاميذه إبراهيم بن إسماعيل بن عليّة. انظر، ابن حجر، شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني (ت852هـ). لسان الميزان، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت، ج3، ص519.

واستدل على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول

أولاً: أدلتهم من الكتاب

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1].

وجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى نهى أن يأكل شخص مال شخص آخر بالباطل؛ أي بغير حق، واستثنى من ذلك التجارة عن تراض، وهو استثناء منقطع جيء به لدفع توهم أن التجارة المذكورة تدخل فيما هو باطل[2]. والشفعة لا تراضي فيها فلو كانت عن تراضي لكانت أولى بالاستثناء، لأنها يتوهم دخولها في الباطل أكثر لعدم التراضي، فكانت غير مباحة[3].

ثانياً: أدلتهم من السنة

قوله -صلى الله عليه وسلم-: "لا يحل مال امريء مسلم إلا بطيب من نفسه"[4].

وجه الدلالة منه أنه -عليه الصلاة والسلام- حرم أخذ مال الغير بدون رضاه، والحديث ينهى عن ذلك ويحرمه، أو هو خبر في معنى النهي فكانت الشفعة منهياً عنها محرمة؛ لأنها تملك على المشتري ملكه الصحيح بغير رضاه[5].

ثالثاً: أدلتهم من المعقول

بأن الشفعة تؤدي إلى كساد السلع وعدم رواجها وفي ذلك من الضرر ما فيه، فإن المشتري إذا علم أنه إذا اشترى السلعة تؤخذ منه بالشفعة لم يقدم على الشراء، ويتقاعد الشريك عن الشراء لعلمه أنه لا يقدم على شراء تلك السلعة غيره فيستضر المالك، ولا يتمكن من بيع سلعته وهو في أشد الاحتياج إلى ثمنها[6].

---

(1) سورة النساء، الآية رقم: (29).

(2) القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد (ت671هـ)، الجامع لأحكام القرطبي، د.ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1965م، ج5، ص150، 151.

(3) البرشومي، الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي (مرجع سابق)، ص13.

(4) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرقاق، باب قوله (صلى الله عليه وسلم) هذا المال خضرة حلوة، رقمه6441، ص1176.

(5) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص315.

(6) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص460.

مناقشة أدلة الرأي الثاني

يمكن مناقشة أدلة الرأي الثاني بما يلي:

أولاً: إن الشفعة لم يتوهم فيها الباطل الذي نهت الآية عنه إذ الأخذ بعوض ليس باطلاً، بل هو مما يحقق مصلحتين، إحداهما للشفيع، والأخرى – للبائع[1].

أما قولهم: لو كانت الشفعة فيها تراض لكانت أولى بالاستثناء من التجارة التي هي عن تراض، ممنوع. فإن الأخذ بالشفعة يكون بمثل الثمن الذي استقر عليه العقد، أو قيمة الشقص[2]، فلا يتوهم فيها الباطل، بخلاف التجارة فإن الإنسان قد يشتري الشيء بخمسين ويبيعه بثمانين، فيتوهم أن هذا داخل في الباطل، فاستثناه الله – عز وجل – رفقاً بالعباد ولطفاً بهم[3].

ثانياً: أما حديث: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه" فهو حديث عام والأحاديث المثبتة للشفعة خاصة، والخاص يخصص العام، على أن الأخذ بالشفعة وإن لم يكن بطيب نفس، لكن المسلم لا يكون مسلماً إلا إذا كان مؤمناً بقضاء النبي – صلى الله عليه وسلم –[4].

ثالثاً: أن استدلالهم من المعقول يُجاب عنه بجوابين[5]:

أحدهما: نمنع قولهم أن فيه ضرر، ودليل المنع المشاهدة، فإننا نشاهد كثيراً من الشركاء يبيعون ولا يقدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

والثاني: أنه يمكن للشريك إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم شريكه فيسقط استحقاق الشفعة.

الرأي المختار

لعلَّ الرأي الأول الذي يقضي بإباحة الشفعة هو المختار وذلك لسببين:

---

(1) البرشومي، الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي (مرجع سابق)، ص14.

(2) الشِّقْص: لغة: الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض، وهو النصيب المعلوم غير المفرز وإذا فرز جاز أن يسمى شقصاً أيضاً. انظر، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج7، ص53.

(3) البرشومي، الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي (المرجع السابق)، 1988م، ص14.

(4) البرشومي، الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي (المرجع السابق)، 1988م، ص14.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص460.

أولهما: لقوة أدلته وسلامتها عن المعارضة.

ثانيهما: أن إباحة الشفعة ملائم لروح العدل والإنصاف برفع الأضرار التي قد تصيب الشريك إذا لم يأخذ مبيع شريكه بالشفعة.

4.2 المقاصد التشريعية للشفعة

المقاصد لغةً:

القصد استقامة الطريق، قصد يقصد قصداً، فهو قاصد، والقصد العدل، والقصد بالشيء خلاف الإفراط، وهو ما بين الإسراف والتقتير[1].

المقاصد اصطلاحاً هي:

"المعاني الغائية، التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامه"[2].

الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة

اختلف الفقهاء في الضرر الذي من أجله شرعت الشفعة إلى ثلاثة مسارات:

المسار الأول: يرى الحنفية[3] والحنابلة[4] أنه ضرر الشركة والجوار، أما ضرر الشركة فواضح فإن الخلطة سبيل المنازعة، أما ضرر الجوار فإن الجار قد يسيء إلى جاره، وخصوصاً إذا كان غليظ الطبع، رديء الخلق، سيء المعاشرة، يطلع على عوراته، ويعلي عليه البناء، ويمنع الضوء، ويؤذي جاره بأشد أنواع الأذى، ولا يأمن جاره بوائقه، فالجار يتضرر كما يتضرر الشريك، فله حق الشفعة ليرفع عن نفسه الضرر[5].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج3، ص334.

(2) الكيلاني، عبدالرحمن، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضاً ودراسةً وتحليلاً، ط1، دمشق، دار الفكر، 2000م، ص47.

(3) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت587هـ)، بدائع الصنائع، ط2، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1998م، ج4، ص97.

(4) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص 140، 141.

(5) السرخسي، شمس الدين، المبسوط، د.ط، بيروت، دار المعرفة، 1989م، ج14، ص91؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص314.

المسار الثاني: يرى المالكية[1] والشافعية[2] أنه الضرر اللاحق بالقسمة لان الشريك الحادث قد يطالب الشريك القديم بالقسمة، فيترتب على ذلك من المؤن والضيق في المرافق ما يتضرر به الشريك، فإن له قبل القسمة أن يرتفق بالأرض والدار كلها، فإذا وقعت الحدود ضاقت به الأرض أو الدار وقصر على موضع منها وفي ذلك ضرر بيِّن عليه، فمكنه الشارع من دفع الضرر عن نفسه، بأن يكون أحق بالبيع من الأجنبي الدخيل عليه.

المسار الثالث: يرى الظاهرية[3] أن الضرر اللاحق بالشركة لأن الشركاء الأصليين قد اطمأن كل إلى صاحبه، وألف حياته وعرف ما عنده، فإذا جد شريك جديد بسبب انتقال الحصة من الشريك الأصلي، كان للشريك الأصلي الذي لم يبع أن يحتاط لنفسه مما عساه أن يقع له من الشريك الطارئ لسوء المعاملة وفساد المعاشرة، فلهذا مكن الشارع القديم عن الأخذ بالشفعة ليرتفع عنه هذا الضرر.

وقد يعترض عمل تشريعها باعتراضين:

1. إنها خلاف قاعدة الرضائية في العقود، مع أنها قاعدة الأصيلة نصت عليها الشريعة، والأصل في البيع أن يتم برضا الطرفين، والشفعة تتناقض هذا الأصل لأن الشفيع يأخذ المبيع جبراً على مشتريه. ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأن الشفعة إذا خالفت قاعدة التراضي في العقود فقد وافقت قاعدة دفع الضرر عن الغير[4].
2. إن في الشفعة ضرراً على المشتري بتفويت ما كان يرجوه من نفع بشرائه العقار فكيف يدفع الضرر عن الشفيع بإضرار المشتري؟! والرد على هذا الاعتراض بأن دفع الضرر أولى من تحصل نفع متوقع للمشتري عملاً

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (مرجع سابق)، ج5، ص198.

(2) الماراني، تكملة المجموع شرح المهذب (مرجع سابق)، ج15، ص618.

(3) ابن حزم، المحلَّى (مرجع سابق)، ج8، ص7.

(4) حمودة، محمود محمد؛ عساف، محمد مطلق، فقه المعاملات، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن، 2000م، ص197.

بقاعدة "دفع المفاسد أولى من جلب المصالح"[1]. عدا عن كون الشفيع أحق بالمشفوع من المشتري بنص الشارع ومن كان أحق من غيره في شيء فمصلحته فيه أولى بالرعاية من مصلحة ذلك الغير[2].

5.2 أسباب حق التملك بالشفعة

فالسَّبب في اللغة: كل شيء يتوصل به إلى غيره[3].

اصطلاحاً فهو: وصف ظاهر منضبط دلَّ الدليل السمعي على كونه معرفاً بحكم شرعي[4]. أو هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم[5].

والسبب الذي نيط به ثبوت الشفعة هو اتصال عقار الشفيع والعقار المبيع، بحيث إذا تحقق ثبتت الشفعة وإن لم يتحقق لم تثبت، وهذا الاتصال يتحقق بما يلي:

1. الشركة في ذات العقار بأن كان العقار المبيع جزءاً شائعاً في عقار الشفيع[6].
2. أن يكون الاتصال متأتِّياً عن شركة في حقوق الارتفاق الخاصة[7].

---

(1) درء المفاسد أولى من جلب المصالح يعني إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم رفع المفسدة غالباً لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات. انظر، الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ط4، دمشق، دار القلم، 1996م، ص205.

(2) حمودة، محمود محمد؛ عساف، محمد مطلق، فقه المعاملات (المرجع السابق)، ص198.

(3) ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق)، ج1، ص532-533.

(4) الآمدي، سيف الدين أبي الحسن علي، الإحكام في أصول الأحكام، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1985م، ج1، ص110.

(5) مدكور، محمد سلام، أصول الفقه الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، د.ت، ص52.

(6) العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، ط2، بيروت، دار الفكر، 1990م، ج10، ص322؛ القيرواني، ابن أبي زيد، كفاية الطالب الرَّباني، د.ط، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، د.ت، ج3، ص5؛ النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت676هـ)، روضة الطالبين، تحقيق عادل عبدالموجود وعلي محمد معوض، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1992م، ج4، ص175؛ ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله (ت620هـ)، الكافي، تحقيق عادل عبدالموجود وعلي محمد معوض، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 2002م، ج3، ص53؛ ابن حزم، المحلَّى (مرجع سابق)، ج8، ص3؛ الشوكاني، محمد بن علي، الدراري المضيئة، ط1، بيروت، دار الريان، 1996م، ج2، ص278.

(7) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص92؛ ابن حزم، المحلَّى (مرجع سابق)، ج8، ص33؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص8-13؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11،

3. أن يكون الاتصال بسبب جوار عقار لعقار آخر أو ملاصقته له[1].

فإذا وجد واحد من هذه الأمور الثلاثة، فقد ثبتت الشفعة إن تحققت شروطها، وللفقهاء حديث في كل سبب من هذه الأسباب.

حيث قال الكاساني[2]: "فسبب وجوب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة: الشركة في ملك المبيع والخلطة، وهي الشركة في حقوق الملك والجوار وإن شئت قلت أحد الشيئين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق"[3].

1.5.2 الشفعة بسبب الشركة في العقار

اتفق الفقهاء[4] على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار المبيع ما لم يقسم، وذلك بأن يشترك جماعة في أرض مثلاً لكل منهم حصة شائعة كالثلث أو الربع، فلو باع أحدهم حصته أو جزءاً منها، كان لجميع شركائه في العقار حق الشفعة من غير استثناء أحد منهم، وعندئذ إما أن يتم تقسيم أسهم المباع على عددهم بالتساوي أو على نسبة حصة كل شريك منهم.

وقد استدلوا على ذلك بالآتي:

ص340؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص460؛ ابن القيم الجوزية، شمس الدين أبي عبدالله بن محمد (ت751هـ)، إعلام الموقعين، د.ط، بيروت، دار الجيل، د.ت، ج2، ص149.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق (مرجع سابق)، ج8، ص143؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص8.

(2) الكاساني (ت587هـ)، هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين منسوب إلى كاسان، أو قاشان، او كاشان، بلدة بالتركستان، خلف نهر سيحون، من أهل حلب، من أئمة الحنفية، كان يسمى ملك العلماء، أخذ من علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور "تحفة الفقهاء" تولى بعض الأعمال لنور الدين الشهيد، وتوفي بحلب، من تصانيفه "البدائع" وهو شرح تحفة الفقهاء، و"السلطان المبين في أصول الدين". انظر، مراد، يحيى، معجم تراجم إعلام الفقهاء، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2004م، ص283.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص97.

(4) العيني، البناية شرح الهداية (مرجع سابق)، ، ج10، ص322؛ القيرواني، كفاية الطالب الرباني (مرجع سابق)، ج3، ص5؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص175؛ ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص53؛ ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص3، الشوكاني، الدراري المضيئة (مرجع سابق)، ج2، ص278؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص334.

1. ما رواه البخاري عن جابر بن عبدالله قال: "قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة في كل ما لم يقسم[1].
2. وما رواه مسلم عن جابر أن النبي – صلى الله عليه وسلم– قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم. ربعه أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به"[2].
3. ما رواه ابن جريح أن أبا الزبير أخبره أنه سمع جابر بن عبدالله يقول: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم–: "الشفعة في كل شرك في أرض أو ريع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرف شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه"[3].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث أنها صريحة في ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم[4].

2.5.2 الشفعة بسبب الشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع

1.2.5.2 تعريف الحق الارتفاقي

الارتفاق لغةً: الانتفاع[5].

اصطلاحاً: هو: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر[6].

2.2.5.2 آراء الفقهاء في مسألة ثبوت الشفعة بسبب الشركة في حقوق الارتفاق

---

(1) سبق تخريجه ص23.

(2) سبق تخريجه ص24.

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، رقمه135، ص652.

(4) الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، ط1، المنصورة، مكتبة الإيمان، 1999م، ج5، ص403.

(5) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج10، ص141.

(6) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (مرجع سابق)، ج6، ص203؛ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت450هـ)، الأحكام السلطانية، د.ط، بغداد، 1989م، ص292؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص369-376؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص33-53.

مثلاً لو بيعت أرض لها شرب في مجرى خاص، هل لأصحاب الأراضي المجاورة التي تسقى من المجرى نفسه حق أخذ الأرض المباعة بالشفعة؟ اختلف الفقهاء في ذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى ثبوت الشفعة بسبب الشركة في حقوق الارتفاق وهو رأي الحنفية[1]، والظاهرية[2]، والزيدية[3]، والأباضية[4]، وأحمد في رواية[5]، وابن تيمية[6].

الاتجاه الثاني: ذهب إلى عدم ثبوت الشفعة للشريك في حقوق الارتفاق وهو قول الجمهور وهم المالكية[7] والشافعية[8] ورواية عند أحمد[9].

أدلة الاتجاه الأول:

استدل أصحاب الاتجاه الأول بالآتي:

1. ما روى عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي عن عطاء عن جابر بن عبدالله قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحدا"[10].

وجه الدلالة: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أثبت الشفعة للجار بشرط اتحاده مع جاره في الطريق، فإذا تحقق الشرط ثبتت له الشفعة، وإذا لم يتحقق لم

---

(1) السرخسي، المبسوط، (مرجع سابق)، ج14، ص92.

(2) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص33.

(3) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص8-13.

(4) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص340.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص461.

(6) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين(مرجع سابق)، ج2، ص149.

(7) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت 595 هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق علي محمد معوض، وعادل عبدالموجود، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، ج5، ص201.

(8) الشربيني، مغني المحتاج، (مرجع سابق)، ج2، ص298.

(9) ابن قدامه، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص463.

(10) أبو داود، سننه، كتاب البيوع، باب في الشفعة، رقمه 3518، ج3، ص284؛ الترمذي، سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة للغائب، رقمه 1369، ج3، ص651؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشفعة بالجوار، ج6، ص10؛ ابن ماجه، سننه، كتاب الشفعة بالجوار، رقمه 2494، ص833.

تثبت الشفعة لانتفاء الشرط بانتفائه؛ فالحديث يفيد بمنطوقه ثبوت الشفعة للجار الذي له شركة في حقوق المبيع، وينفيها عن الجار الذي لا شركة له في حقوقه[1].

2. ما روى عمر بن الشريد[2] قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على أحد منكبي إذ جاء أبو رافع مولى النبي – صلى الله عليه وسلم– فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك، فقال سعد: والله ما ابتاعهما، فقال المسور: والله لتبتاعنهما، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، فقال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أني سمعت النبي –صلى الله عليه وسلم– يقول الجار أحق بسقبه[3] ما أعطيتها بأربعة آلاف وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه[4].

وجه الدلالة منه: دل على الأخذ بالجوار حالة الشركة في الطريق[5].

3. **المعقول:** أن الاشتراك في حقوق المبيع، كالاشتراك في ذات المبيع بجامع الخلطة[6] الموجبة للضرر في الكل، فكما أن الشركة في ذات المبيع موجبة

---

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص149.

(2) عمر بن شريد بن سويد الثقفي التابعي المعروف، روى عن أبيه وأبي رافع ابن عباس وروى عنه الزهري وصالح. انظر، الرازي، عبدالرحمن بن أبي حاتم (ت327هـ)، الجرح والتعديل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2002م، ج6، ص308؛ مبيض، محمد سعيد، موسوعة حياة الصحابة، ط1، قطر، مكتبة دار الفتح، 2000م، ج5، ص2800.

(3) السَّقَبُ: القرب، وأبياتهم متساقبة أي متدانية، السّقب بالسين والصاد في الأصل القرب. انظر، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج1، ص545.

(4) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، رقمه 3358، ص402؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، ج6، ص16؛ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء إذا حددت الحدود، رقمه 1370، ج3، ص653؛ النسائي، سنن النسائي، ج7، ص320؛ ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، رقمه 2495، ص833.

(5) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، (مرجع سابق)، ج2، ص144.

(6) الخلطة لغة: الخلط المختلط بالناس المتحبب، والخلطاء الشركاء، والخلط جيران الصفاء، والخليط الصاحب، والخليط الجار، يكون واحداً وجميعاً. انظر، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج7، ص333. الخلط اصطلاحاً: هي نوعان؛ خلطة اشتراك، خلطة جوار وقد يعبر عن الأول بخلطة الأعيان، وبخلطة الشيوع. وعن الثاني بخلطة الأوصاف، والمراد بالأول أن لا يتميز نصيب أحد الرجلين أو الرجال عن نصيب غيره.

للشفعة فيه، كذلك الشركة في حقوق المبيع فقط، موجبة لها منه، فالمعنى الـذي وجبت لأجله شفعة الخلطة في الملك موجود في الخلطة في حقوقه[1].

أدلة الاتجاه الثاني

استدل أصحاب الاتجاه الثاني القائل بعدم ثبوت الشفعة للشريك في حقـوق المبيـع بالآتي:

1. ما وري عن جابر بن عبدالله –رضي الله عنهما– قال: "قضى النبي –صـلى الله عليه وسلم– بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحـدود وصـرفت الطرق فلا شفعة"[2]، وفي لفظ آخر "إنما جعل النبي – صلى الله عليه وسـلم – الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحـدود وصـرفت الطـرق فـلا شفعة"[3].
2. وعن جابر: "أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعه أو حائط ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخـذ وإن شاء ترك، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به"[4].
3. ما روي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: "إذا قسمت الأرض وحددت فلا شفعة فيها"[5].

وجه الدلالة: تدل هذه الأحاديث صراحة على ثبوت الشفعة فيمـا لـم يقسـم وعدمها عن حصول القسمة ووقوع الحدود، ولأن الشريك في حقوق المبيع حقه في الملك مقسوم فتكون الشفعة له غير ثابتة[6].

وبالثاني: أن يكون مال كل واحد متعيناً متميزاً عن مال غيره، ولكن يجاوره مجاورة المال الواحد. انظـر، النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج2، ص27.

(1)ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص151.

(2) سبق تخريجه، ص23.

(3) سبق تخريجه، ص23.

(4) سبق تخريجه، ص24.

(5) أبو داود، كتاب البيوع، باب في الشفعة، رقمه 3515، ج3، ص284.

(6) البرشومي، الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي (مرجع سابق)، ص23.

المناقشة

مناقشة أدلة الاتجاه الأول

الدليل الأول وهو ما رواه عبدالملك بسنده، قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–:" الجار أحق بشفعة جاره". نوقش من وجهين:

أحدهما: أن الترمذي قال: تكلم شعبة بن عبدالملك من أجل هذا الحديث، وقال وكيع عن شعبة: لو أن عبدالملك روى حديثاً آخر مثل حديث الشفعة لطرحت حديثه[1].

وقال يحيى بن معين: هو حديث لم يحدث به إلا عبدالملك فأنكر الناس عليه ولكنه ثقة صدوق، وقال الترمذي هذا حديث غريب ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبدالملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر وقد تكلم عن شعبة في عبدالملك من أجل هذا الحديث[2].

وسئل أحمد بن حنبل عن حديث عبدالملك هذا، فقال: قد أنكره؟ فقال: حديث الزهري عن أبي سلمة عن جابر عن النبي –صلى الله عليه وسلم–: "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" خلاف ما قال عبدالملك عن عطاء عن جابر عن النبي – صلى الله عليه وسلم–[3].

ثانياً: لو سلم بصحة الحديث فإن المقصود بالجار: الشريك.

والمراد بالجارة زوجة الرجل، وهي شريكته في الفراش[4].

وتسمى الضرتين جارتين لاشتراكهما في الزوج[5].

ونوقش الدليل الثاني الذي رواه عمر بن الشريد من وجهين:

أحدهما: ما تقدم من أن المقصود بالجار الشريك[6].

---

(1) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة للغائب، جزء3، ص652.

(2)الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام (مرجع سابق)، جزء3، ص652.

(3) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص149.

(4) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج4، ص181؛ العيني، البناية، (مرجع سابق)، ج10، ص330.

(5) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج4، ص179؛ ابن مفلح، أبو إسحق برهان الدين إبراهيم (ت884هـ)، المبدع في شرح المقنع، قطر، المكتب الإسلامي، ج5، ص206.

(6) العيني، البناية، (مرجع سابق)، ج10، ص33.

ثانياً: أن قوله –صلى الله عليه وسلم–: "الجار أحق بسقبه"[1]، محمول على تعهده بالإحسان والبر بسبب قرب داره[2].

مناقشة أدلة الاتجاه الثاني

نوقش الاستدلال بالأحاديث التي أوردها أصحاب الاتجاه الثاني بالآتي:

أولاً: أن قوله في حديث جابر: "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" مدرجة[3] من قول جابر بدليل عدم إخراج مسلم لها[4].

ثانياً: أن دلالة هذه الأحاديث على ألفاظ الشفعة إنما تتم عند إيقاع الحدود وصرف الطرق، والجار المشترك مع غيره في مرفق خاص كما لو كان طريقهما واحداً، أو مسيلها واحداً، ونحو ذلك، لا يعتبر مقاسماً لشريكه مقاسمة تامة بل لا تزال بعض حقوق الملك مشتركة بينهما، فلم تكن الحدود واقعة من كل جانب؛ لأن وقوع الحدود يستلزم تصريف الطرق، وهي هنا لم تصرف[5].

الردود على المناقشة

الردود على مناقشة أدلة الاتجاه الأول

الرد على من قال أن حديث عبدالملك منكر وغريب وان حديث عبدالملك عن جابر يناقض حديث أبي سلمة.

بأن عبدالملك حافظ ثقة صدوق ولم يتعرض له أحد بجرح البتة، وأثنى عليه أئمة زمانه ومن بعدهم[6]... وأن حديث عبدالملك عن جابر لا يتناقض مع حديث

---

(1) سبق تخريجه، ص34.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج5، ص406.

(3) الإدراج لغة: من درج: درج البناء ودَرَّجَهُ: مراتب بعضها فوق بعض، ويقال للصبي إذا دبَّ وأخذ في الحركة درج، ورجع فلان درجه أي رجع في طريقه الذي جاء منه، والإدراج: جمع درج، وهو الطريق، وهذا الأمر مَدْرَجَة لها، أي متوصل به إليه. انظر، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج2، ص305–307. فالمدرج اصطلاحاً ما غير إسناداً، أو زيد في متنه ما ليس منه من غير فصل. انظر، الضاري، حارث سليمان، محاضرات في علوم الحديث، ط4، عمان، دار النفائس، 2000م، ص72.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج5، ص403.

(5) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص151.

(6) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة للغائب، ج3، ص652.

أبي سلمة عنه "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود..." بل مفهومه يوافق منطوقه وسائر أحاديث جابر يصدق بعضها البعض[1].

فمفهوم حديث عبدالملك هو بعينه منطوق حديث أبي سلمة؛ فالذي دل عليه حديث أبي سلمة عنه من إسقاط الشفعة عند تصريف الطرق وتميز الحدود هو بعينه الذي دل عليه حديث عبدالملك عن عطاء عنه بمفهومه فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطرق وتفاها به مع اختلاف الطرق[2].

الرد على من قال أن المقصود بالجار في حديث عبدالملك هو الشريك من وجهين

الأول: أن حمل اسم الجار على الشريك ترك الحقيقة إلى المجاز بلا قرينة صارفة فلا يصح[3].

واعترض بأن القرينة تدل على ذلك، وهي أن أحاديث شفعة الجار تقتضي أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك، والذين قالوا بشفعة الجوار قدموا على الشريك مطلقاً ثم المشارك في المرافق الخاصة ثم الجار على من ليس بجار[4].

ورد: بأن المفضل عليه مقدر: أي الجار أحق من المشتري الذي لا جوار له[5].

الثاني: أن آخر الحديث يأبى حمله على الشريك فإنه قال في آخره: إن كان طريقهما واحداً وفي حمله على الشريك إلغاء لهذا القول، لأن بالشركة تستحق الشفعة سوا كان الطريق واحداً أو لا[6].

الرد على من قال بأن المقصود بالجار في حديث عمر بن الشريد هو الشريك

بأن حمل اسم الجار على الشريك ترك الحقيقة إلى الجار بلا قرينة صارفة فلا يصح[1].

---

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج2، ص145.

(2) المرجع السابق، ج2، ص150.

(3) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص331.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج5، ص331.

(5) المرجع السابق، ج5، ص404.

(6) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص331.

واعترض: بأن القرينة تدل على ذلك، وهي أن أحاديث شفعة الجار تقتضـــي أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك، والذين قالوا بشفعة الجــوار قــدموا الشريك مطلقاً ثم المشارك في المرافق الخاصة ثم الجار على من ليس بجار[2].

واعترض عليه من وجهين:

أحدهما: أن المفضل عليه مقدر: أي الجار أحق من المشتري الــذي لا جــوار له[3].

ثانيهما: أن ظاهر حديث أبي رافع يدل على أنه كان يملك بيتين من جملـــه دار سعد، لا شقصاً شائعاً من منزل سعد، ويدل على ذلك ما ذكره عمر بن شبه أن سعداً كان اتخذ دارين بالبلاط متقابلين بينهما عشرة أذرع، وكانت التي عند يمين المســجد منهما لأبي رافع فاشتراها سعد منه ثم ساق حديث رافع قبل أن يشتري منه فاقتضى كلامه أن سعداً كان جاراً لأبي رافع قبل أن يشتري منه واستشهاد أبي رافع بحديث الجار أحق بسقبه يدل على أن المقصود الجار الحقيقي لا الشريك وأن الشفعة تثبيت له[4].

ورد على من قال بان قوله –صلى الله عليه وســلم– "الجــار أحــق بســقبه محمول على تعهده بالإحسان والبر بسبب قرب داره.

بأن بُعد هذا الحمل ظاهراً لورود التصريح بان المقصود: أنه أحق بالشــفعة كما في حديث عبدالملك عن جابر المتقدم، وكما في حديث عمر بن الشريد عن أبيه قال: قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شرك إلا الجوار، قال: الجــار أحق بسقيه[5].

---

(1) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص33.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، (مرجع سابق)، ج5، ص404.

(3) المرجع السابق، ج5، ص404.

(4)المرجع السابق، ج5، ص403–404.

(5) النسائي، سنن النسائي، ج7، ص320؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجة، كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار، رقمه 2495، ص833؛ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب إذا حــددت الحــدود، رقمــه 1370، ج3، ص653.

الردود على مناقشة أدلة الاتجاه الثاني:

الرد على من قال في حديث الجابر "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فــلا شفعة". مدرجة من قول جابر بدليل عدم إخراج مسلم لها من وجهين:

أحدهما: أن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبــت الإدراج، بدليل وروده في حديث غيره فإنه مشعر بعدم الإدراج كما في حديث أبــي هريــرة المتقدم[1].

أما عدم إخراج مسلم لها، فإن بعض الأئمة يقتصر على ذكر بعض الحديث، والحكم للزيادة لا سيما وقد أخرجها البخاري، على أن معنى هذه الزيادة التي ادعى إدراجها هو معنى قوله: "في كل ما لم يقسم".

ولا تفاوت إلا يكون دلالة أحدهما على هــذا المعنــى بــالمنطوق والآخــر بالمفهوم[2].

الثاني: أن حديث جابر الآخر ليس فيه هذه الزيادة التي ادعى إدراجها، وهو يدل على أن الشفعة في المشاع الذي لم يقسم[3].

الرأي المختار

من خلال مناقشة أدلة الآراء السابقة يمكن اعتماد الرأي الأول والذي يقضي بثبوت الشفعة بسبب الشركة في حقوق الملك، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من الطعن.

---

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج5، ص403..

(2) المرجع السابق، ج5، ص403.

(3) المرجع السابق، ج5، ص403.

3.5.2 الشفعة بسبب الجوار[1]

انقسم الفقهاء في ثبوت الشفعة بسبب الجوار إلى فريقين:

الفريق الأول: تثبت الشفعة بسبب الجوار، فإذا باع الجار الملاصق أرضه أو داره ثبتت الشفعة للجار الملاصق له في الملك دفعاً للضرر، وهو رأي الحنفيـــة[2]، والزيدية[3]، الأباضية في قول[4].

الفريق الثاني: لا تثبت الشفعة للجار، وإليه ذهب المالكية[5]، والشـــافعية[6]، والحنابلة[7]، والظاهرية[8]، وقول للأباضية[9].

أدلة الفريق الأول

استدل الفريق الأول القائل بثبوت الشفعة للجار بالآتي:

1. ما روى البخاري في صحيحه عن عمر بن الشريد: "وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي إذ جـــاء أبـــو

---

(1) الجوار لغة، المجاورة والجار الذي يجاورك والاسم الجوار، والجار الذي يجاورك ببت ببيت وهو الجـــار الملاصق. انظر، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج4، ص179–180.

الجار الملاصق اصطلاحاً: هو الذي له حائط وللآخر حائط ليس بين الحـــائطين ممـــر لضـــيق التصـــاق الحائطين حتى لو كان بينهما طريق نافذ، فالجار الملاصق يكون على وجهين: الأول: يكـــون بتلاصـــق ظهـــر العقار المشفوع بظهر العقار المشفوع به، الثاني: يكون بتلاصق الجنب، يعني بتلاصق طرف اليمين أو اليســـار وذلك يكون باب العقار المشفوع به باب العقار المشفوع على الطريق العام. انظر، حيدر، علـــي، درر الحكـــام شرح مجلة الأحكام، د.ط، بيروت، دار الجيل، 1991م، ج2، ص755.

(2) داماد أفندي، عبدالله بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج2، ص437؛ ابن نجيم، البحر الرائق (مرجع سابق)، ج8، ص143؛ السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص91.

(3) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص8.

(4) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص336، 338، 343، 417.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (مرجع سابق)، ج5، ص199؛ الآبي، صالح عبدالسميع، جـــواهر الإكليل، بيروت، دار الفكر، ج2، ص157.

(6) الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص447؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص159.

(7) ابن النجار، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3، ص224؛ ابن قدامة، المغني والشـــرح الكبيـــر (مرجـــع سابق)، ج5، ص461.

(8) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص31.

(9) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص343.

رافع مولى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: يا سعد، ابتع مني بيتي في دارك فقال سعد: والله ما أبتاعها فقال المسور: والله لتبتاعها، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، فقال أبو رافع: لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار ولولا أني سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: "الجار أحق بسقبه" ما أعطيتكما بأربعة وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه"[1].

وجه الدلالة أي أن الجار أحق بالدار من غيره لقربه، والذي يدل على أن المقصود بأحقية الجار شفعته الأحاديث التالية.

2. روى أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي إلى جابر بن عبدالله – رضي الله عنهما – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً[2].
3. عن سمرة[3] أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: "جار الدار أحق بالدار من غيره"[4].
4. ما رواه الترمذي والنسائي وابن ماجة عن الشريد بن سويد[5] قال: قلت يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار فقال: "الجار أحق بسقبه ما كان"[1].

---

(1) سبق تخريجه ص34.

(2) سبق تخريجه ص33.

(3) هو سمرة بن جندب بن هلال، صحب النبي –صلى الله عليه وسلم– وغزا معه وله حلف في الأنصار، فشهد أحد، ونزل البصرة، ثم أتى الكوفة فاشترى بها دوراً من بني رشد. وكان زياد يستعمله على البصرة إذا خرج إلى الكوفة. انظر، ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع، الطبقات الكبرى، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990م، ج7، ص35.

(4) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الشفعة، رقمه 3517، ج3، ص284؛ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الجار، باب ما جاء في الشفعة، رقمه 1368، ج3، ص650.

(5) الشريد بن سويد الثقفي الحجازي الطائفي، سكن الطائف، تزوج آمنة بنت أبي العاص بن أمية، يقال كان اسمه مالكاً فسمي الشريد لأنه شرد من المغيرة بن شعبة لما قاتل رفقته الثقفيين، وهو الذي استنشده النبي – صلى الله عليه وسلم– من شعر أمية بن أبي الصلت. روى عن ابنه عمر بن الشريد وأبو سلمة بن عبدالرحمن. انظر، الرازي، الجرح والتعديل (مرجع سابق)، ج4، ص347؛ مبيض، موسوعة حياة الصحابة (مرجع سابق)، ج3، ص1475.

5. من المعقول: إن حق الأصيل وهو الجار أسبق من حق الدخيل وكل معنى اقتضى ثبوت الشفعة للشريك فمثله في حق الجار فإن الناس يتفاوتون في الجوار تفاوتاً فاحشاً ويتأذى بعضهم ببعض ويقع بينهم من العداوة ما هو معهود، والضرر بذلك دائم متأبد ولا يندفع ذلك إلا برضا الجار إن شاء أقر الدخيل على جوازه وإن شاء انتزع الملك بثمنه واستراح من مؤونة المجاورة ومفسدتها، وإذا كان الجار يخاف التأذي على وجه اللزوم كان كالشريك يخاف التأذي بشريكه على وجه اللزوم... فوجب بحكم عناية الشارع ورعايته لمصالح العباد إزالة الضررين جميعاً على وجه لا يضر البائع[2].

أدلة الفريق الثاني

استدل الفريق الثاني القائل بعدم ثبوت الشفعة للجار كالآتي:

1. ما رواه البخاري عن جابر بن عبدالله – رضي الله عنهما – قال: "قضى النبي – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وفي لفظ: إنما جعل النبي – صلى الله عليه وسلم – الشفعة في كل ما لم يقسم"[3].
2. ما رواه مسلم من حديث عن أبي الزبير عن جابر قال: "قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ...." [4].
3. ما رواه جابر عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة"[5].
4. ما رواه أبو هريرة – رضي الله عنه – قال: "قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: إذا قسمت الأرض وحددت فلا شفعة فيها"[1].

---

(1) سبق تخريجه ص33.

(2) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص146–147؛ زاده أفندي، شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ط2، بيروت، دار الفكر، ج9، ص373.

(3) سبق تخريجه ص23.

(4) سبق تخريجه ص24.

(5) سبق تخريجه ص23.

وجه الدلالة: قالوا هذه الأحاديث تدل على أن الشفعة مشروعة فيما هو مشاع غير مقسوم ولأن الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجبه من التزاحم في المرافق والحقوق والأحداث والتغيير والإفضاء إلى التقاسم الموجب لنقص قيمة الملك بالقسمة[2].

أما إذا قسمت الأرض فوقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة حينئذ لانتفاء الضرر بذلك[3].

المناقشة:

مناقشة أدلة الفريق الأول

1. بالنسبة لحديث أبي رافع – رضي الله عنه – فقد ذكر الحافظ ابن حجر في معرض شرحه هذا الحديث وإيراده وجه استدلال الحنفية به على ثبوت الشفعة للجار، وإلزام الشافعية بالقول به لكون الجار حقيقة في المجاور مجازاً في الشريك قال ما نصه: "إن محل ذلك عند التجرد، وقد قامت القرينة هنا على المجاز فاعتبر للجمع بين حديثي جابر وأبي رافع؛ فحديث جابر صريح في اختصاص الشفعة بالشريك وحديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقاً؛ لأنه يقتضي أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك، والذين قالوا بشفعة الجار قدموا الشريك مطلقاً ثم المشارك في الطريق ثم الجار على من ليس بمجاور فعلى هذا يتعين تأويل قوله (أحق) بالحمل على الفضل أو التعهد ونحو ذلك"[4]، كذلك ليس في هذا الحديث ذكر للشفعة، فيحتمل أنه أراد بها الشفعة ويحتمل أنه أراد به أحق بالإحسان والصلة والعبادة[5].
2. بالنسبة لحديث جابر: الجار أحق بشفعة جاره، فقال الترمذي: لا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبدالملك بن أبي سليمان بن عطاء عن جابر، وقد

---

(1) سبق تخريجه ص35.

(2) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص148.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص97.

(4) العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر (ت852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، شبرا الخيمة، دار التقوى، د.ت، ج4، ص546.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (مرجع سابق)، ج5، ص200.

تكلم شعبة في عبدالملك من أجل هذا الحديث –ثم قال- سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبدالملك تفرد به، ويروى عن جابر خلاف هذا، قال شعبة: سها فيه عبدالملك فإن روى حديثاً مثله طرحت حديثه ثم ترك شعبة التحديث عنه. وقال أحمد: هذا حديث منكر، وقال ابن معين: لم يروه غير عبدالملك وقد أنكروه عليه[1].

3. وأما حديث الشريد بن سويد: تكلم أهل الحديث في إسناده واضطراب الرواة عنه، فقال بعضهم عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع وقال بعضهم عن أبيه عن أبي رافع وأرسله بعضهم[2].
4. وأما حديث سمرة ففي سماع الحسن من سمرة مقال معروف لدى علماء الحديث[3].
5. وأما الاحتجاج على مشروعية الشفعة للجار من المعقول فقد فرق الله بين الشريك والجار شرعاً وقدراً، ففي الشركة حقوق لا توجد في الجوار؛ فإن الملك في الشركة مختلط وفي الجوار متميز، ولكل من الشريكين على صاحبه مطالبة شرعية؛ ومنع شرعي أما المطالبة ففي القسمة، وأما المنع فمن التصرف؛ فلما كانت الشركة محلاً للطلب ومحلاً للمنع كانت محلاً للاستحقاق، بخلاف الجوار، فلم يجز إلحاق الجار بالشريك وبينهما هذا الاختلاف، والمعنى الذي وجبت به الشفع رفع مؤونة المقاسمة، وهي مؤونة كثيرة، والشريك لما باع حصته من غير شريكه فهذا الدخيل قد عرضه لمؤونة عظيمة، فمكنه الشارع من التخلص منها بانتزاع الشقص على وجه لا يضر بالبائع ولا بالمشتري، ولم يمكنه الشارع من الانتزاع قبل المبيع؛ لأن شريكه مثله ومساوٍ له في الدرجة، فلا يستحق عليه شيئاً إلا ولصاحبه

---

(1) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في شفعة الغائب، رقم 1369، ج3، ص652؛ الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج5، ص408.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج5، ص406.

(3) المرجع السابق، ج5، ص406.

مثل ذلك الحق عليه، فإذا باع صار المشتري دخيلا"؟ والشريك أصيل، فرجح جانبه وثبت له الاستحقاق(1).

مناقشة أدلة الفريق الثاني

ناقش القائلون بثبوت الشفعة للجار أدلة الفريق الثاني بالآتي:

1. نسبة لحديث جابر فإن قوله: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، فقد ذكر أبو حاتم بأنه مدرج من قول جابر، ويؤيد ذلك أن مسلماً لم يخرج هذه الزيادة(2).
2. وأما القول بأن العقار إذا كان مقسوماً معروف الحدود فصرفة طرقه فلا ضرر على مالكه بتداول الأيدي المجاورة فغير صحيح. ذلك أن الضرر الذي قصد الشارع رفعه ضرر سوء الجوار، فإن الجار قد يسيء الجوار غالباً فيعلي الجدار ويتتبع العقار ويمنع الضوء ويشرف على العورة ويطلع على العثرة ويؤذي جاره بأنواع الأذى. وقد أجمعت الأدلة على ثبوت الشفعة للشريك لدفع الضرر الناشيء عنه اشتراك في الغالب، فإذا ثبتت الشفعة في الشركة في العقار لإفضائها إلى المجاورة فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها(3).
3. وأما الاحتجاج بما في صحيح البخاري: "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" فعلى فرض انتفاء الإدراج من جابر فإن الجار المشترك مع غيره في مرفق خاص ما، مثل أن يكون طريقهما واحداً أو يشتركا في شرب أو مسيل أو نحو ذلك من المرافق الخاصة يعتبر مقاسماً مقاسمة كلية بل هو شريك لجاره في بعض حقوق ملكه، وإذا كان طريقهما واحداً لم تكن الحدود كلها واقعة بل بعضها حاصل وبعضها مُنتفٍ. إذ وقوع الحدود من كل وجه يستلزم أو يتضمن تصريف لطرق(4).

---

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص148-149.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج5، ص403.

(3) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص143.

(4) المرجع السابق، ج2، ص151.

4. وأما القول بأن الشفعة شرعت للشريك لرفع ضرر المقاسمة فغير مسلم بـــه؛ فمشروعيتها لرفع الضرر مطلقاً سواء كان الضرر ناتجاً عن المقاسمة أم عن الاشتراك، وتخصيص الشفعة برفع ضرر معين دون غيره مـــن الأضـــرار تخصيص يحتاج إلى ما يسنده شرعاً، وأيضاً فلو كانت الشفعة شرعت لرفـــع ضرر المقاسمة فقط لثبتت مشروعيتها في المنقولات المشتركة لرفع ضـــرر المقاسمة فيها[1].

الردود على مناقشة أدلة الفريق الأول

قال ابن قيم الجوزية عن الطعن في حديث جابر فقال: "إن عبـــدالملك هـــذا حافظ، ثقة صدوق ولم يتعرض له أحد بجرح البتة، وأثنى عليه أئمة زمانـــه ومـــن بعدهم، وإنما أنكر عليه من أنكر هذا الحديث ظناً منهم أنـــه مخـــالف"[2]. لروايـــة الزهري عن أبي سلمة عن جابر عن النبي – صلى الله عليه وسلم –: "الشفعة فيمـــا لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"[3]، كـــذلك عبـــدالملك ثقـــة مأمون لا يضر انفراده كما عُرف في الأصول وعلوم الحديث[4].

ولا تحتمل مخالفة العرزمي[5] لمثل الزهري[6] وقد صح هذا من رواية جابر عن الزهري عن أبي سلمة عنه ومن رواية ابن جريح عن ابن الزبير عنـــه، ومـــن حديث يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عنه، فخالفهم العرزمي ولهذا شـــهد الأئمـــة

---

(1) المرجع السابق، ج2، ص141.

(2) المرجع السابق، ج2، ص140.

(3) سبق تخريجه ص23.

(4) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج3، ص76.

(5) العرزمي، هو عبدالملك بن ابي سليمان العرزمي الكوفي، ابو عبدالله، واسم أبيه ميسرة وهو عم محمد بـــن عبدالله العرزمي، وهو عبدالملك بن ميسرة، وهما اثنان، فرق بينهما بأن ينسب أحدهما إلـــى كنيـــة أبيـــه، وينسب الآخر إلى اسم أبيه ميسرة، فهو من الحفاظ والثقة وكان المحدثون إذا وقع بيـــنهم الاخـــتلاف فـــي الحديث سألوا عبدالملك بن أبي سليمان، وكان حكمهم. انظر، الرازي، الجرح والتعديل (مرجع سابق)، ج5، ص433.

(6) الزهري: هو إبراهيم بن محمد بن عبدالعزيز الزهري، كثير الطيب، كثير المعروف، سخي، وسئل الزهري عن الزهد فقال: من لم يمنعه الحلال شكره، ولم يغلب الحرام صبره، أدراك جماعة من الصحابة وحـــدث عنهم، منهم عبدالله بن عمر، أنس بن مالك، سهل بن ســـعد. انظـــر، الأصـــفهاني، أحمـــد بـــن عبـــدالله (ت430هـــ)، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1988م، ج3، ص371.

بإنكار حديثه ولم يقدموه على حديث هؤلاء – إلى أن قال – وحديث جابر الذي أنكره من أنكره على عبدالملك صريح فيه فإنه قال: الجار أحق بسقبه ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً. فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ونفاها به مع اختلاف الطريق بقوله: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة؛ فمفهوم حديث عبدالملك هو بعينه منطوق حديث أبي سلمة فأحدهما يصدق الآخر ويوافقه لا يعارضه ويناقضه، وجابر روى اللفظين – إلى أن قال – وحديث أبي رافع الذي رواه البخاري يدل على مثل ما دل عليه حديث عبدالملك فإنه دل على الأخذ بالجوار حالة الشركة في الطريق فإن البيتين كانا في نفس دار سعد والطريق واحد بلا ريب[1].

ذكر ابن القيم الجوزية عن البخاري بخصوص حديث الشريد بن سويد وحديث عمرو بن الشريد قال: قال البخاري هو أصح عندي من رواية عمرو عن أبي رافع – يعني حديث أبي رافع مع سعد بن أبي وقاص –، وقال أيضاً: كلا الحديثين عندي صحيح[2].

الرد على من قال أن سماع الحسن من سمرة فيه مقال، قال أبو عيسى حديث سمرة حديث حسن صحيح، والصحيح عند أهل العلم حديث حسن[3].

الرأي المختار

لعل ما ذهب إليه الحنفية ومن معهم إلى جواز الشفعة بسبب الجوار هو الأولى بالاعتبار؛ لأن المقاصد التشريعية من الشفعة متحققة عند طلبها من الشريك ومن الجار، وصحة سند الروايات التي استدلوا بها، وتعدد طرقها وإمكانية الجمع بين الروايات التي استدل بها الحنفية، أما حديث جابر الذي استدل به الجمهور فلا يدل على ثبوت الشفعة في كل ما لم يقسم من العقار بسبب الشركة، وهذا لا ينفي ثبوتها في العقار المقسوم بسبب آخر كالجوار[4].

---

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج2، ص150.

(2) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، رقم 1368، ج3، ص650.

(3) المرجع السابق، ج3، ص651.

(4) الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، (مرجع سابق)، ص130.

4.5.2 أسباب حق التملك بالشفعة في القانون المدني الأردني

بينت المادة رقم (1151) من القانون المدني الأردني[1] أسباب حـق التملـك بالشفعة، حيث نصت على ما يلي: "يثبت الحق في الشفعة:

1. للشريك في نفس المبيع. 2. للخليط في حق المبيع. 3. للجار الملاصق."

تم تعديل هذه المادة بموجب القانون المعدل رقم (38) لسنة (2002م) حيـث جاء فيها (لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة إلا من قبل الشريك فـي المـال غيـر المنقول).

أي تم استثناء الخليط والجار الملاصق واقتصر الحق فقط على الشريك فـي نفس المبيع.

ولكن لو بقي القانون المدني الأردني دون تعديل لكان أفضل؛ لأن المقاصـد التشريعية من الشفعة متحققة عند طلبها من الشريك ومن الجار، ولأن العمـل بهـا يحقق رفع الضرر عن الجار ما أمكن، خصوصاً في هذا الزمن الـذي قلّـت فيـه مراعاة حقوق الجار، فأخذ الجار بالشفعة فيه كمال العناية للجار الـذي أوصـى الله ورسوله – صلى الله عليه وسلم – برعايته ومعاملته معاملة حسنة طيبة.

---

(1) القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة (1976م).

الفصل الثالث
الشفعة وأركانها

يتضح من خلال التعاريف أن لشفعة خمسة أركان[1] وهي: الصيغة، الشفيع، المشفوع فيه، المشفوع عليه، المشفوع به. ولا بد من بيان هذه الأركان وهي على النحو الآتي:

1.3 الصيغة

1.1.3 مفهوم الصيغة

الصيغة لغةً: تعني حسن العمل، حسن الخلقة، ويقال صيغة الأمر كذا وكذا أي هيئته التي بني عليها[2].

الصيغة اصطلاحاً: لم يعرف الفقهاء الصيغة، ولكن يمكن تعريفها، بأنها: "كل ما يعرب عن إرادة المتكلم من لفظ أو إشارة أو كتابة.

2.1.3 صيغة الشفعة

لا خلاف بين الفقهاء[3] في أن الشفيع يملك الشقص المشفوع فيه بكل لفظ يدل على أخذه. بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن، أو نحو ذلك إذا كان

---

(1) أركان مفردها ركن وتعني لغة: الرُكن الناحية القوية وأركان الشيء جوانبه التي يستند إليها. أما اصطلاحاً فهو الجزء الذاتي الذي تتركب الماهية منه ومن غيره. انظر، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج1، ص198.

(2) ابن منظور، لسان العرب (مرجعه سابق)، ج8، ص524-526.

(3) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص154؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص355؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص126؛ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، (مرجع سابق)، ج3، ص400؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص300؛ الهيتمي، شهاب الدين أبو العباس أحمد (ت974هـ)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2001م، ج2، ص411؛ الدمياطي، أبو بكر عثمان محمد شطة (ت1300هـ)، حاشية إعانة الطالبين،

الثمن والشقص معلومين، متى حصل التراضي بين الشفيع والمشفوع عليه على الأخذ بالشفعة ولا يفتقر إلى حكم حاكم؛ لأن تملك مال الغير مما لا سبيل إليه في الشرع إلا بالتراضي؛ ولأن الرضا قد تم بينهما وهو أساس المعاوضات متى سلمت الصفقة من الخلل.

ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في ثبوت الملك إذا لم يكن هناك تراض بين الشفيع والمشفوع عليه. فيرى الحنيفة[1] أن الشفيع لا يملك الشقص المباع إلا بحكم الحاكم ما دام لم يحصل تراضٍ بينهما؛ لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهراً، فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذه دينه، ويرى المالكية[2] أن الشفيع يملك الشقص بأحد أمور ثلاثة:

أولها: بحكم من حاكم له به بعد ثبوت البيع عنده.

وثانيها: دفع الثمن من الشفيع للمشتري وإن لم يرضَ المشتري به.

وثالثهما: إشهاد الشفيع على الأخذ بالشفعة ولو في غيبة المشتري.

فإذا لم يوجد واحد من هذه الثلاثة لم يدخل الشقص في ملك الشفيع فلا تضاف له فيه بوجه من وجوه الملك[3].

ويرى الشافعية[4]: أن الشفيع يملك الشقص المباع بكل لفظ يدل على التملك كتملكت أو أخذت بالشفعة ونحو ذلك، كاخترت الأخذ بالشفعة ويقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس المفهمة. ويشترط مع ما تقدم ما يلي[5]:

1. إما تسليم العوض إلى المشتري، أو التخلية بينه وبينة إذا امتنع فإذا تسلمه من الشفيع، أو خلي بينه وبينه عند الامتناع، أو ألزمه القاضي التسليم أو قبضه القاضي عنه، أو ملك الشفيع الشقص.

د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ج3، ص186؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص474؛ الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص169-174.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص126؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص355.

(2) الآبي، جواهر الأكليل شرح مختصر خليل (مرجع سابق)، ج2، ص161؛ الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (مرجع سابق)، ج3، ص411؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص647-648.

(3) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص647-648.

(4) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص412.

(5) المرجع السابق، ج2، ص412.

2. وإما رضا المشتري يكون الثمن في ذمته.
3. وإما قضاء القاضي للشفيع بالشفعة إذا حضر مجلسه أو ثبت حقه في الشفعة فيملك به.
4. وإما بشهادة عدلين على طلب الأخذ بالشفعة على أصح الوجهين في الأمرين الآخرين.

ويرى الحنابلة[1]: أن الشفيع يملك الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه كأن يقول أخذته بالثمن أو القيمة، أو تملكته بالثمن، أو نحو ذلك. إذا كان الشخص والثمن معلومين ولا يفتقر إلى حكم حاكم لأنه حق ثبت بالنص والإجماع فلم يفتقر إلى حكم كالرد بالعيب.

3.1.3 موقف القانون الأردني في كيفية ثبوت الملك للشفيع

نصت المادة رقم (1164) من القانون المدني الأردني[2] على ما يلي:

"يثبت الملك للشفيع في البيع بقضاء المحكمة أو تسليمه من المشتري بالتراضي وذلك مع مراعاة قواعد التسجيل".

من خلال النص يتضح أن الشفيع يصبح مالكاً للعقار المشفوع في حالتين:

يصبح مالكاً للمشفوع بتسليم المشتري إياه برضاه.

يصبح مالكاً بحكم القاضي بالشفعة لدى المحكمة بناء على عدم تسليم المشتري المشفوع برضاه.

2.3 الشفيع

1.2.3 مفهوم الشفيع

الشفيع هو من يثبت له حق الشفعة[1]، فعند الحديث عن أسباب حق التملك تبين اختلاف الفقهاء فيمن يثبت له حق الشفعة فهناك اتجاهان: اتجاه يقول أن الشفيع

---

(1) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص474.

(2) القانون المدني الأردني رقم (43)، لسنة 1976م.

هو الشريك أو الجار، واتجاه آخر يقول: هو الشريك فقط. وقد سبق وتحدث الباحث عن ذلك ولا داعي لتكرار ذلك في هذا المبحث[2].

2.2.3 شروط الشفيع في الفقه الإسلامي

اشترط الفقهاء شروطاً لا بد من توافرها في الشفيع، وهي كما يأتي إجمالاً:

الشرط الأول: ملكية الشفيع لما يشفع به:

اشترط الفقهاء[3] للأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به وقت شراء العقار المشفوع فيه؛ لأن سبب الاستحقاق جوار الملك، والسبب إنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط، والانعقاد أمر زائد على الوجود.

الشرط الثاني: بقاء الملكية لحين الأخذ بالشفعة

يجب أن يبقى الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به حتى يمتلك العقار المشفوع فيه بالرضا أو بحكم القضاء ليتحقق الاتصال وقت البيع[4].

الشروط الواجب توافرها في الشفيع وفق أحكام القانون المدني الأردني

نصت المادة رقم (1157) من القانون المدني الأردني[5] على ما يلي:

"يشترط في العقار المشفوع به أن يكون مملوكاً للشفيع وقت شراء العقار المشفوع".

---

(1) الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين (مرجع سابق)، ج3، ص18؛ السنهوري، الوسيط (مرجـــع ســـابق)، ج9، ص514؛ الأتاسي، محمد طاهر، مجلة الأحكام العدلية وشرحها، د.ط، د.م، د.ت، ج3، ص514.

(2) انظر، الفصل الثاني من الرسالة، ص30-50.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص112؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص331؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (مرجع سابق)، ج5، ص212؛ الهيتمـــي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص412؛ الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، الأقناع فـــي حل ألفاظ أبي شجاع، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م، ج2، ص124؛ المرداوي، علاء الدين أبي الحسن بن سليمان،(ت885هـ)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخـــلاف، ط1، بيـــروت، دار الكتـــب العلمية، 1997م، ج6، ص267؛ الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص169؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص5؛ الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص254.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص382.

(5) القانون المدني الأردني (رقم 43)، لسنة 1976م.

فمن الشروط التي يجب أن تتوفر في الشفيع وفق أحكام القانون المدني الأردني[1]:

أولاً: أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به وقت شراء العقار المشفوع فيه:

يجب أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به ملكية سابقة على المبيع الذي أخذ فيه بالشفعة، ويجب أن تستمر هذه الملكية إلى حين ثبوت الحق بالشفعة ثبوتاً نهائياً، فلو تصرف الشفيع أثناء المطالبة بالشفعة ببيع قطعة الأرض المشفوع بها أو وهبها انفسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به أو انقطع التلاصق، فلا يستطيع الشفيع المضي بالشفعة لأن حقه يكون قد سقط.

ثانياً: يجب أن يبقى سبب الشفعة قائماً لحين تمام الأخذ بها

وقد استقر اجتهاد محكمة التمييز على ما يلي:

"من المبادئ المسلم بها فقهاً وقضاءً أن الشرط الأساسي للمطالبة بحق الشفعة بسبب الشراكة أن يكون الشفيع مالكاً لحصصه المشاعة وقت بيع العقار المشفوع وأن تكون ملكيته نهائية وأن تبقى كذلك حتى يتملك العقار المشفوع بالقضاء أو بالرضاء، فإذا زالت ملكيته قبل ذلك سقط حقه في الشفعة"[2].

3.2.3 شفعة الذمي في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء[3] على أن الشفعة تثبت للذمي على الذمي؛ لأنهما تساويا في الدين والحرمة فثبتت لأحدهما على الآخر.

---

(1) سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، ط1، عمان، دار الثقافة، 1994م، ج2، ص172؛ كيرة، حسن، الحقوق العينية الأصلية، ط4، الإسكندرية، منشاة المعارف، 1995م، ص576-580؛ منصور، محمد حسن، الحقوق العينية الأصلية، د.ط، بيروت، الدار الجامعية، 2000م، ص216؛ الأهواني، حسام الدين كامل، الحقوق العيينة الأصلية، د.ط، د.ت، ص149؛ عمران، محمد علي، الحقوق العينية الأصلية، د.ط، 1988م، ص123-124؛ السنهوري، الوسيط (مرجع سابق)، ج9، ص580-583.

(2) تمييز، حقوق، رقم 81/38، سنة 1981م، ص1077، نقابة المحامين الأردنيين.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص114؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص370؛ الحطَّاب، أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن (ت954هـ)، مواهب الجليل، طبعة خاصة، الرياض، دار عالم الكتب، 2003م، ج7، ص367؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص409؛ ابن قدامة،

واتفقوا[1] أيضاً على ثبوتها للمسلم على المسلم وللمسلم على الذمي إذا تحقق سببها، وهو اتصال الملك بالشركة أو الجوار، وانتقال الملك على الشريك الحادث أو الجار. ثم اختلفوا بعد ذلك في ثبوت الشفعة للذمي على المسلم على مسارين هما:

المسار الأول: تثبت الشفعة للذمي على المسلم

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء (الحنفية[2]، المالكية[3]، الشافعية[4]، الظاهرية[5]، الزيدية[6]، الأباضية[7]) واستدلوا على ذلك بالسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: من السنة

فعموم الأحاديث الواردة في الشفعة، مثل حديث جابر –رضي الله عنه–: أن النبي –صلى الله عليه وسلم– " قضى بالشفعة في كل رِبْعَة أو حائط لا يحل له أن

المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص552؛ ابن النجار، منتهى الإيرادات (مرجع سابق)، ج3،=
= ص224؛ المرتضى، البحر الزَّخار (مرجع سابق)، ج5، ص7؛ الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص255؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص363.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص114؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص371؛ عُليش، محمد بن أحمد (ت 1299هـ)، منح الجليل شرح على مختصر الخليل، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م، ج7، ص126؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص409؛ ابن قدامه، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص545؛ ابن النجار، منتهى الإيرادات (مرجع سابق)، ج3، ص224؛ المرتضى، البحر الزخّار (مرجع سابق)، ج5، ص7؛ الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص255؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص303.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص115؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص371.

(3) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت 1285هـ)، الذخيرة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م، ج7، ص262.

(4) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص409؛ الشربيني، الأقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (مرجع سابق)، ج2، ص123.

(5) ابن حزم، المحلّى (مرجع سابق)، ج8، ص22.

(6) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص173؛ المرتضى، البحر الزخّار (مرجع سابق)، ج5، ص8.

(7) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص363.

يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهـو أحـق به"[1].

ووجه الدلالـة من الحديث: أن لفظ شريكه من صيغ العموم لأنه اسم جـنس مضاف إلى معرفة، فهو عام يتناول المسلم وغير المسلم، فتثبت الشـفعة للشـريك الذمي على المسلم كما تثبت للمسلم على المسلم[2].

ثانياً: الإجماع

فقد روي عن شريح[3] أنه قضى بالشفعة للذمي على المسلم وكتب بذلك إلـى عمر بن الخطاب. فأجازها بمحضر من الصحابة من غير إنكار فكان ذلك إجماعـاً على ثبوت الشفعة للذمي على المسلم[4].

ثالثاً: المعقول

إن المسلم والذمي قد استويا في الحكمة والسبب وهو دفع الضرر عن الشريك أو الجار، وذلك يستوي فيه المسلم والذمي كالرد بالعيب[5].

الاتجاه الثاني: لا تثبت الشفعة للذمي على المسلم، ذهب إلى ذلك الحنابلة[6] والشيعة الإمامية[7] واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول.

---

(1) سبق تخريجه، ص24.

(2) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص551؛ الصنعاني، محمد بن إسـماعيل الأميـر اليمني (ت 1182هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام في جمع أدلة الأحكام، ط2، بيـروت، دار الكتـب العلمية، 2003م، ج3، ص75.

(3) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية، م أشهر القضاة في صدر الإسلام، أصـله مـن أولاد الفرس الذين كانوا باليمن. كان في زمن النبي –صلى الله عليه وسلم– ولم يسمع منه، ولي قضـاء الكوفة في زمن عمر وعثمان ومعاوية. واستعفي في أيام الحجاج فأعفاه سنة 77هـ وكان ثقة في الحديث مأموناً في القضاء، وله باعٌ في الشعر والأدب. مات في الكوفة. انظر، مراد، معجم تراجم إعلام الفقهـاء (مرجع سابق)، ص179.

(4) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص93.

(5) عليش، منح الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص127.

(6) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص551–554؛ ابن النجـار، منتهـى الإيـرادات (مرجع سابق)، ج3، ص224.

(7) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص255.

أولاً: من السنة

ما روي عن النبي –صلى الله عليه وسلم– قال: " لا شفعة لنصراني "[1].

هذا النص يخصص به عموم الأحاديث الواردة في الشفعة، ويقصر ثبوتها للمسلم على المسلم، وللمسلم على الذمي، ويخرج من العموم الذمي فلا يكون شفيعاً على المسلم[2].

ثانياً: من المعقول

أن الشريعة إنما قصدت الرفق بتشريع الشفعة والرفق لا يستحقه إلا من آمن بها وعمل بأحكامها، والذمي لم يؤمن بها ولم يعمل بأحكامها، فلا يستحق الرفق المقصود بتشريع الشفعة، فلا تثبت له الشفعة على المسلم وبأن في إثبات الشفعة للذمي على المسلم تسليطاً له عليه بالقهر والغلبة وذلك ممنوع [3].

الرأي المختار

ولعل الرأي الذي يقضي بثبوت الشفعة للذمي على المسلم هو الرأي المختار لقوة دليله ولما يلي:

أن حديث " لا شفعة لنصراني" حديث ضعيف[4] من الأحاديث المنكرة، فلا يصح حجة ولا يصح أن يكون مخصصاً للعمومات الواردة في ثبوت الشفعة للمسلم والذمي على السواء.

بيننا وبين أهل الذمة عقد ملزمين به بمعاملته معاملة حسنة، وعدم ثبوت الشفعة له على المسلم فيه إلحاق ضرر به وهذا يتنافى مع العقد الذي بيننا وبينهم.

في إثبات الشفعة للذمي على المسلم إظهار لسماحة الإسلام، وإظهار لمبدأ الحرية والمساواة التي جاء بها الإسلام.

---

(1) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة، ج6، ص108، وهو حديث ضعيف من الأحاديث المنكرة.

(2) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج3، ص77.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص551.

(4) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكر ها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة، ج6، ص108.

1.3.2.3 موقف القانون المدني الأردني في شفعة الذمي

نصت المادة من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة[1]

"لا يمارس حق الأولوية إلا من قبل الشريك في المال غير المنقول".

فلفظ الشريك لفظ مطلق والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده أو يخصصه فلا فرق في نوال الشفعة بين المسلم وغير المسلم[2].

4.2.3 شفعة المحجور عليه في الفقه الإسلامي

مفهوم المحجور عليه

المحجور عليه لغةً: أصل الحُجْر في اللغة ما حجرت عليه أي منعته من أن يوصل إليه. وكل ما منعت منه، فقد حجرت عليه؛ وكذلك حجر الحكام على الأيتام أي منعهم؛ وكذلك الحُجرة التي ينزلها الناس، وهو ما حوِّطوا عليه، حَجَرَ عليه القاضي أي منعه من التصرف في ماله[3].

الحجر اصطلاحاً: المنع من التصرفات المالية، والمحجور عليه هو الممنوع من التصرفات المالية[4].

المحجور عليه لا يخلو: أما أن يكون محجور عليه لحق نفسه، وهو الصبي والمجنون والسفيه، وإما أن يكون محجوراً عليه لحق غيره، وهو العبد المأذون له في التجارة المفلس[5].

أولاً: المحجور عليه لحق نفسه وهو الصبي والمجنون والسفيه.

اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة للصبي ومن في حكمه إلى مسارين:

---

(1) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38، سنة 2002م.

(2) المعايطة، بسمة، الشفعة في القانون المدني الأردني، عمان، نقابة المحامين الأردنيين، 2003م، ص10.

(3) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج4، ص196.

(4) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص165.

(5) المرجع السابق، ج2، ص165.

المسار الأول: تثبت له الشفعة ويقوم وليه مقامه، فيفعل ما فيه المصلحة له من الأخذ بها أو تركها ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء (حنفية[1]، مالكية[2]، شافعية[3]، حنابلة[4]، ظاهرية[5]، الشيعة الإمامية[6]، الأباضية[7]).

واستدلوا على ذلك بالآتي:

قوله –صلى الله عليه وسلم–: " فإن باعه ولم يؤذنه فشريكه أحق به"[8].

فلفظ شريك من صيغ العموم، يتناول كل شريك لا فرق بين محجور عليه وغير محجور عليه.

أن الشفعة إنما شرعت لرفع ضرر المقاسمة أو الجوار أو المشاركة. والمحجور عليه ممن يتضرر عاجلاً أو آجلاً بتركها، فتثبت له الشفعة لرفع هذا الضرر، وحيث ثبتت له الشفعة، فإنه لا يطالب بها لأنه ليس أهلاً للتصرف، فيقوم وليه مقامه، والشفعة كغيرها من سائر التصرفات يمارسها عنه وليه[9].

المسار الثاني: لا تثبت له الشفعة وبه قال: ابن أبي ليلى[10] والنخعي[11] والزيدية[12].

---

(1) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص91؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص115.

(2) ابن أنس، مالك، المدونة الكبرى، د.ط، مصر، مطبعة السعادة، 1323هـ، ص403؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص632.

(3) الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص122.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص485؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (مرجع سابق)، ج5، ص212.

(5) ابن حزم، المحلّى (مرجع سابق)، ج8، ص24.

(6) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص255.

(7) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص336.

(8) سبق تخريجه، ص24.

(9) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص485.

(10) هو أبو عيسى عبدالرحمن بن أي ليلى، ولد عبدالرحمن في خلافة أبي بكر الصديق –رضي الله عنه– وأسند عن عمر بن الخطاب، وسمع عثمان وعلياً وسعد بن أبي وقاص، كان له بيت يجتمع فيه القرّاء، فقلّما تفرّقوا إلا عن طعام، وكان عبدالرحمن يصلي فإذا دخل الداخل نام على فراشه، وامتحن بالحكم والقضاء فابتلي بالندم والبكاء. انظر، الأصفهاني، حلية الأولياء، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1988م، ج4، ص550-553.

(11) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي، أبو عمران، من مذحج من أهل الكوفة، ومن كبار التابعين، أدرك بعض متأخري الصحابة وهو من كبار الفقهاء، وهو فقيه العراق، أخذ عنه حماد بن أي سليمان وسماك بن حرب وغيرهما. انظر، يحيى، معجم تراجم إعلام الفقهاء (مرجع سابق)، ص7.

(12) الشوكاني، الدراري المضيئة (مرجع سابق)، ج2، ص293؛ المرتضى، البحر الزخّار (مرجع سابق)، ج5، ص8.

واستدلوا على ذلك بالآتي:

بأن المحجور عليه بحق نفسه لا يمكنه الأخذ بنفسه ولا عن طريق وليه، فتنتفي الشفعة لانتفاء الأخذ بها، أما أنه لا يمكنه الأخذ بها فلأنه ليس أهلاً للتصرف ما دام محجوراً عليهم، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ إن كان صبياً، أو يفيق إن كان مجنوناً، لما فيه من الإضرار بالمشتري، وأما إن الولي لا يأخذ له، فلأنه لا يملك العفو عن الشفعة. فلا يملك الأخذ بها؛ لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ[1].

الرأي المختار

لعل الرأي المختار هو الرأي الثاني الذي يقضي بثبوت الشفعة للصغير ومن في حكمه لقوة أدله أصحابه؛ ولأن هناك فَرق بين الأخذ والعفو فإن العفو إسقاط للحق، والأخذ استيفاء له، والولي إنما يتصرف بما هو مصلحة للمولى عليه، فلا يملك إلا ما يجلب المصلحة[2].

ثانياً: المحجور عليه لحق غيره وهو المفلس والعبد المأذون له بالتجارة.

اتفق الفقهاء[3] على ثبوت الشفعة للمحجور عليه لحق غيره وليس للسيد الذي أذن لعبده في التجارة أن يمنعه من الأخذ بالشفعة؛ لأن إذنه له بالتجارة صيره مالكاً للتصرف بنفسه فأصبح كالحر.

إلا أن الحنفية[4] قيدوا ذلك بما إذا كان البائع غير المولى، سواءَ كان العبد عليه ديون أم لا، أو كان المولى هو مدين.

وعند الشافعية[5] والحنابلة[6] للعبد أن يأخذ بالشفعة ما لم يمنعه سيده وليس له أن يعفو إلا إذا أجار له السيد أيضاَ، كذلك المفلس ليس للغرماء منعه من الأخذ

---

(1) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص495.

(2)المرجع السابق، ج5 ص495.

(3) العيني، البناية (مرجع سابق) ج10، ص432؛ الدردير، الشرح الصغير مرجع سابق، ج23 ص423؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص160؛ ابن النجار، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3 ص233، المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)؛ ج5 ص10؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11 ص336.

(4) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص423.

(5) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص160.

(6) ابن النجار، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3، ص233.

بالشفعة لأنه غير محجور عليه في ذمته وليس لهم جبره على الأخــذ بهــا، لأنهــا معاوضة مالية فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات.

1.4.2.3 موقف القانون المدني الأردني من شفعة المحجور عليه

ذهب القانون المدني الأردني إلى أن يكون الشفيع بالغاً سن الرشــد ويتمتــع بقواه العقلية وكامل الأهلية وغير محجور عليه، حيث إن الأخذ بالشفعة فــي حكــم الشراء، وعلى اعتبار أنه من أعمال التصرف، فإنه يتوجب توافر الأهلية فــي مــن يباشرها، وهذه الأهلية هي أهلية التصرف، أما إذا كان قاصراً، فيحق لوليه أن يأخذ بالشفعة نيابة عنه، وإذا كان محجوراً عليه، فالقيم يأخذ بالشفعة في هذه الحالة[1] .

5.2.3 تعدد الشفعاء

الشفيع قد يكون واحداً وقد يكون أكثر وإذا تعدد الشفعاء قد يكونوا من طبقــة واحدة أو من طبقات مختلفة ولا بد من بيان كيفية توزيع الشــقص المشــفوع فيــه عليهم.

أولاً: إتحاد الشفيع

إذا اتحد الشفيع بأن كان واحداً، كما لو اشترى شخص حصة أحد الشــريكين في دار مثلاً بينهما صفقة واحدة فلا خلاف بين الفقهاء في أن الواجب على الشــفيع أن يأخذ الكل أو يدع، ولا يجوز له أن يأخذ البعض إلا إذا رضا المشتري لأنه لــو أخذ البعض دون البعض كان ذلك ضرراً على المشتري بسبب تفريق الصفقة عليه، "والضرر لا يُزال بالضرر"[2]؛ لأن الشفعة لا تتبعض وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء

---

(1) القدومي، منال فتحي، الشفعة في القانون المدني الأردني، عمان، نقابة المحامين الأردنية، 1998م، ص22؛ كيره، الحقوق العينة الأصلية (مرجع سابق)، ص576؛ السنهوري، الوسيط (مرجع سابق)، ج9، ص589

(2) الضرر لا يزال بمثله ولا بما هو فوقه بالأولى، بل بما هو دونه، أي إذا كانت إزالته لا تتيسر إلا بإدخــال ضررٍ مثله على الغير، فحينئذ لا يرفع بل يجبر بقدر الإمكان، فإن كان مما يقابل بعوض كالعيب القديم إذا اطَّلع عليه المشتري، وقد تعيب المبيع عنده امتنع الرد ورجع المشتري على بائعه بما قابــل الــثمن إلا إذا رضي بأخذه معيباً فيأخذه ويرد جميع الثمن. انظر، الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ط3، دمشق، دار القلم، 1993م، ص195.

وهم: الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية في الصحيح من المذهب[3]، والحنابلة[4]، والشيعة الإمامية[5]، والأباضيه[6]، وقيل لا يسقط شيء منها؛ لأن التبعيض قد تعذر، وليست الشفعة مما يسقط بالشبهات، فيغلب فيها جانب الثبوت، وإليه ذهب الشافعي[7] في رواية عنه.

موقف القانون المدني الأردني

نصت المادة رقم (1160) من القانون المدني الأردني[8] على أنّ "الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبراً على المشتري إلا إذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي".

من خلال النص يتبين أن الشفعة لا تتجزأ فلا يجوز إستعمالها أو إسقاطها إلا بكاملها لأنها بذلك تكون قد ألحقت ضرراً بالمشتري. بالإضافة لأخذ المبيع جبراً عنه، كذلك يتضرر المشتري من الشريك الجديد في ملكه، لذلك لا يجوز للشفيع أن يجزيء المبيع فإما أن يأخذه كله أو أن يتركه، ولكن هناك استثناء في القانون على هذه الخاصية وهي في حالة إذا تعدد المشترون واتحد البائع فيجوز للشفيع أن يأخذ المبيع كاملاً أو يأخذ حصة أحد المشترين أو أكثر[9].

قد استقر اجتهاد محكمة التميز الأردنية على الآتي:

---

(1) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص349.

(2) ابن أنس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج2، ص407.

(3) الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص129.

(4) ابن مفلح، شمس الدين المقدسي (ت 763هـ)، الفروع، ط3، بيروت، عالم الكتب، 1967م، ج4، ص548

(5) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص258.

(6) إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص412.

(7) الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص129.

(8) القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م .

(9) الأهواني، الحقوق العينة الأصلية (مرجع سابق)، ص171-172؛ عمران، محمد علي، الحقوق العينية الأصلية، دط، 1989م، ص101؛ أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ج1، ص248؛ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج9، ص483-484 .

إذا كان شراء كل قطعة من قطعتي الأرض قد تم بعقد مستقل فإنه يحق لطالب الشفعة أن يطلب تمليكه إحدهما بالشفعة، وليست في ذلك تجزئه لحق الشفعة[1].

ثانياً: تعدد الشفعاء

إذا كان المشفوع عليه واحداً، والشفيع أكثر من واحد فلا يخلو أما أن يكون الشفعاء من طبقة واحدة، كاتحادهم في سبب الاستحقاق كأن يكون أحدهم شريكاً في ذات المبيع، والآخر شريكاً في حقٍ، أو جارٍ.

1.5.2.3 تعدد الشفعاء من طبقة واحدة

إذا تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة، وكان السبب متحداً كالشركة في ذات المبيع. فلا خلاف بين الفقهاء[2] في ثبوت الشفعة لكل واحد منهم، ويوزع عليهم الشقص المشفوع فيه بينهم على التساوي إذا تساوت حصصهم التي يشفعون بها.

وأما أن كان الشفعاء غير متساوين في حصصهم التي يشفعون بها، فباع أحدهم نصيبه، ثبتت الشفعة لكل واحد من الشفعاء أيضاً. ولكن هل يوزع عليهم الشقص المشفوع فيه على قدر أنصبائهم أو بالسوية؟ هناك مساران للفقهاء في ذلك:

---

(1) تمييز حقوق: 127/ 76 عمان، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص1893 لسنة 1976م.

(2) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص347؛ القرافي، النخيرة (مرجع سابق)، ج20، ص333؛ الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص129، ابن مفلح، كتاب الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص549؛ اطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص414.

المسار الأول: أن الشقص المشفوع فيه يوزع بينهم بالسوية إليه ذهب الحنفية[1]، والشافعية في قول[2]، والحنابلة في قول[3]، والزيدية[4]، والشيعة والإمامية[5]، والأباضية في قول لهم[6]، والظاهرية[7].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

أن الشقص المشفوع فيه يوزع على الشفعاء بالسوية بأنه اتصال الملك، بسبب الشركة أو الجوار سبب كامل لاستحقاق الأخذ بالشفعة، قل الاتصال أو كثر، فيجب النظر إليه لا إلى مقداره، فإن صاحب القليل لو انفرد استحق المشفوع فيه كله، وكذلك صاحب الكثير لو انفرد استحقه كله، وحيث كان الكل متساوياً فيه، وجبت مساواتهم في الاستحقاق، وذلك كالشركاء في العبد إذا اختلفت حصصهم واعتق بعضهم نصيبه فيه، ولم يعتق البعض الآخر فاخصه فيه، فإنه يقوم نصيب من لم يعتق على من أعتق وتوزيع القيمة بينهم على رؤوسهم لا بحسب ملكهم فيه[8].

المسار الثاني: يرى أن المشفوع فيه يوزع بينهم على قدر أنصبائهم وهو قول المالكية[9]، وأحد قولي الشافعية[10]، والحنابلة في صحيح مذهبهم[11]، وأحد قولي الأباضية[12].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص99؛ العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص347

(2) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2،ص305؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص416؛ الشافعي، محمد بن إدريس (ت 204هـ)، الأم، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ج3، ص3.

(3) ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص549.

(4) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص33 .

(5) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج2، ص543 .

(6) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص414 .

(7) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص28.

(8) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص97-98.

(9) ابن أنس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص401؛ الصاوي، بلغة السالك (مرجع سابق)، ج3، ص410؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص210؛ الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996م، ج5، ص230.

(10) الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص128-129؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص305؛ االهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص416؛ الشافعي، الأم (مرجع سابق)، ج3، ص3

(11) ابن قدامه، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص523؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص549.

(12) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص414 .

واستدلوا على ذلك بالآتي[1]:

الشفعة حق مستفاد بسبب الملك، فتكون على قدر أنصبائهم كالربح والثمرة.

الشفعة حق كالديون، فكما يوزع مال المدين على الدائنين إذا تساوت ديونهم ولم يتسع لها على قدر ديونهم لا على عدد رؤسهم فكذلك المشفوع فيه يوزع على قدر أنصبائهم لا عليهم بالسوية.

الشفعة إنما شرعت لرفع الضرر، والضرر داخل على كل منهم، والضرر المرفوع إنما هو ضرر القسمة، وضررها يتفاوت بتفاوت الأنصباء فصاحب الكثير يخصه منها ما لا يخصه صاحب القليل، فوجب أن يوزع بينهم ما يدفع هذا الضرر على حسب ما يلحق كل واحد منهم فإن الغرم بالغنم[2].

مثال ذلك: قطعة أرض مملوكة لثلاثة: الأول له النصف والثاني الثلث، والثالث السدس، فباع صاحب النصف نصيبه لأجنبي، وأراد الثاني والثالث أخذه بالشفعة، فإن النصف المشفوع فيه يقسم بينهما نصفين على الرأي الأول نظراً لعدد الرؤوس. ويقسم أثلاثاً على الرأي الثاني، فيعطى صاحب الثالث اثنين وصاحب السدس واحداً، نظراً إلى مقدار ما يملكه كل منهما من الشفوع.

الرأي المختار

لعل الرأي المختار هو الرأي الثاني الذي يقضي بتوزيع المشفوع فيه بحسب الأنصبة لأن ذلك أقرب للعدل وبه يرفع الغبن عن صاحب النصيب الأكبر فلا يتساوى مع صاحب النصيب القليل.

1.1.5.2.3 موقف القانون المدني الأردني من تعدد الشفعاء من طبقة واحدة

أخذ القانون المدني الأردني[3] بما عليه الحنفية ومن معهم في أن الشقص المشفوع فيه يوزع بينهم بالسوية، حيث نصت المادة رقم 1153 فقرة (1) "إذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة كانت الشفعة بينهم بالتساوي".

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص211؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص523-525.

(2) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص523.

(3) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م.

وجاء في المادة رقم 1013 من مجلة الأحكام العدلية[1] " إذا تعــدد الشــفعاء يعتبر عدد الرؤوس، ولا يعتبر مقدار السهام يعني لا اعتبار لمقدار الحصص".

وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييــز الأردنيــة "أن كــون مشــتري الحصص المباعة هو أحد الشركاء لا يحرم أي شريك آخر من تملك هذه الحصص بحق الشفعة كما هو مستفاد من المادة 1013 من مجلة الأحكام العدليــة وكــل مــا يترتب في هذه الحالة هو تقسيم تلك الحصص المشفوعة بنسبة عدد الرؤوس"[2].

2.5.2.3 تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة في الفقه الإسلامي

إذا تعدد الشفعاء وكانوا من طبقات مختلفة، كاختلافهم في ســبب اســتحقاق الأخذ بالشفعة، كأن يكون أحدهم شريكاً في المبيع والآخر شريكاً فــي حقوقــه، أو جاراً فإذا كان عقاران اثنين، فباع أحدهم نصيبه لأجنبي، وله شريك في ذات المبيع، وشريك في حقوقه، وجار ملاصق، وأراده كل منهم الأخذ بالشفعة، فهل تثبت الشفعة لهم جميعاً، ولكل منهم الأخذ بها، أم أن الشريك في ذات المبيع مقــدم فــي الأخــذ بالشفعة على الشريك في حقوق المبيع، والشريك في حقوق المبيع مقدم على الجــار الملاصق. اختلف الفقهاء في ذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب الحنفيــة[3] إلى ثبوت الشفعة لهم جميعاً الشريك في نفس المبيع، والشريك في حقوقه، والجار الملاصق. وهؤلاء الشفعاء ليســوا فــي طبقــة واحدة بل طبقاتهم مختلفة، فيقدم الشريك في نفس المبيع، على الشريك في حقوقــه، والشريك في حقوقه على الجار الملاصق فإذا ترك الأقوى حقه في الشــفعة، انتقــل الحق لمن يليه في الطبقة عند أبي حنيفة، ومحمد، وأبي يوسف في ظاهر الروايــة، وقيل: لا ينقل إليه مع وجود الأقوى الذي ترك حقه وبه قال: أبو يوسف فــي غيــر ظاهر الرواية.

---

(1) الأتاسي، مجلة الأحكام العدلية وشرحها (مرجع سابق)، ج3، ص515.

(2) تمييز حقوق رقم 346/ 74، عمان، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص985، لسنة 1975م.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص103؛ العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص337.

الاتجاه الثاني: ذهب الجمهور، وهم: المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] إلى أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك من ذات البيع.

واستدلوا على ذلك: بأن المقتضى لثبوت الشفعة هو رفع ضرر الدخيل وسبب الضرر هو اتصال الملك، واتصال الشركة في ذات المبيع أقوى من اتصاله بالشركة من حقوقه، واتصاله بالشركة في حقوقه أقوى من اتصاله بالجوار لعدم الخلطة في الجوار[4].

1.2.5.2.3 موقف القانون المدني الأردني من تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة

تم إلغاء المادة رقم 1152 من القانون المدني الأردني[5] التي نصها:

1. إذا اجتمعت أسباب الشفعة، قدم الشريك في نفس العقار ثم الخليط في حق البيع ثم الجار الملاصق.
2. ومن ترك من هؤلاء الشفعة أو سقط حقه فيها انتقلت إلى من يليه في الرتبة.

وتم إلغاء الفقرة 2 من المادة رقم 1153 من القانون المدني الأردني التي نصها: وإذا اجمع الخلطاء قدم الأخص على الأعم.

وبموجب القانون المعدل[6] للأحكام المتعلقة بالأموال المنقولة أصبح حق الشفعة لا يمارس إلا من قبل الشريك في المال غير المنقول حسب مقتضى المادة (2) فقرة (أ) من القانون المعدل.

---

(1) القيرواني، كفاية الطالب الرباني (مرجع سابق)، ج3، ص5.

(2) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص409؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص159.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص461.

(4) الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص448؛ القرافي، الذخيرة (مرجع سابق)، ج7، ص308.

(5) القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.

(6) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال المنقولة رقم (38) لسنة 2002م.

3. 3 المشفوع فيه

1.3.3 مفهوم المشفوع فيه

المشفوع فيه هو المبيع الذي يستحق الشفيع أخذه بالشفعة أي المأخوذ ويسمى المشفوع[1].

وعرفت المادة 952 من مجلة الأحكام العدلية[2] المشفوع فيه بأنه: العقار الذي تعلق به حق الشفعة.

2.3.3 المال الذي تجب فيه الشفعة.

اتفق الفقهاء[3] على أن الشفعة واجبة في العقار والأرض التي تقبل القسمة بلا فساد ما دام لم يقسم، وعلى ثبوتها في البناء والشجر إذا كانا تابعين للأرض المقامين عليها وبيعا تبعاً للأرض.

واستدلوا على ذلك بالآتي

عن جابر –رضي الله عنه– أن النبي –صلى الله عليه وسلم–" قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربِعْه أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء

---

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، ج9، ص447؛ الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين (مرجع سابق) ج3، ص184.

(2) الأتاسي، مجلة الأحكام العدلية وشرحها (مرجع سابق)، ج3، ص515.

(3) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص415؛ ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص402؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص634؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص204؛الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص409؛ الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، الطبعة الأخيرة، بيروت، دار الفكر، 1984م، ج2، ص 183–184؛ الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص123؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج4، ص463؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص529؛ المرداوي، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص239؛ ابن النجار، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3، ص226؛ الشوكاني، الدراري المضيئة (مرجع سابق)، ج2، ص238؛ الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص253؛ إطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص321؛ ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص3.

أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " وفي لفظ" الشفعة في كل شرك أو ربع أو حائط"[1].

فالحديثان قد صرحا بثبوت الشفعة في الأرض والدار والحائط[2].

وقد حكى ابن المنذر بالإجماع[3] على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط؛ ولأن الشفعة إنما شرعت لرفع الضرر الذي من شأنه أن يدوم بدوام ما فيه الشركة أو الجوار، والأرض والبناء والشجر من شأنها أن يدوم ملكها فيدوم الضرر فيها فشرعت الشفعة لرفع هذا الضرر الدائم[4].

موقف القانون المدني الأردني من المال التي تجب فيه الشفعة

من الشروط القانونية لقيام حق الشفعة أن يكون محل الشفعة عقاراً، فقد نصت المادة 1156 من القانون المدني الأردني[5] على ما يلي:

" يشترط في البيع الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقاراُ مملوكاً أو منقولاً في نطاق الأحكام التي يقضي بها القانون".

يتضح من خلال النص أنه يجب لجواز الشفعة أن يكون المال الذي ورد البيع عليه عقاراً[6] فالشفعة لا تكون إلا في العقار، كذلك يتضح من خلال النص أنه يجوز تطبيق أحكام الشفعة على بعض المنقولات[7] وذلك في نطاق الأحكام التي يقضى بها القانون ففي حالة ما إذا كان هناك عقار بالتخصيص وهو الذي وضعه صاحبه في عقار له وذلك من أجل خدمة هذا العقار واستغلاله فإذا بيع مستقلاً عن

---

(1) سبق تخريجه ص24.

(2) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج3، ص74.

(3) ابن المنذر، الإجماع (مرجع سابق)، ص136.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص463.

(5) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(6) عرفت المادة 129 من مجلة الأحكام العدلية، العقار فنصت " هو غير المنقول مالا يمكن نقله من مكان إلى آخر كالدور والأراضي".

(7) وعرفت المادة 128 من مجلة الأحكام العدلية المنقول ونصت " المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات والبناء والشجر أن لم يكن تبعاً للأرض. انظر، الأتاسي، شرح مجلة الأحكام العدلية (مرجع سابق)، ج1، ص70.

العقار الذي رصد لخدمته، فهنا يكون بيع المنقول ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة، أما إذا تم بيع المنقول مع العقار المخصص لخدمته واستغلاله فتجري عليه الشفعة[1].

وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من مواشي وآلات ري ونحوها مما يعد عقاراً بالتخصيص، فإن الشفعة تثبت في المزرعة وما يشمل عليها من المواشي وآلات الري وغيرها من العقارات بالتخصيص، أما إذا فصلت المواشي أو آلات الري عن الأرض وبيعت مستقلة، فإن الشفعة لا تثبت، إذ أن البيع يكون في هذه الحالة بيع منقول[2].

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك في ثبوت الشفعة في أربعة مواضع:

الأول: فيما لا يقبل القسمة أو يقبلها بفساد.

الثاني: في البناء والشجر إذا بيعا منفردين.

الثالث: في الزروع والثمار.

الرابع: الشفعة في المنقول.

1.2.3.3 أراء الفقهاء في ثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة أو يقبلها بفساد

اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة فيما لم يقبل القسمة أو يقبلها بفساد، كالحمام الصغير، والفرن، والدار الصغيرة، والنخلة، والطريق الضيق إلى قولين:

القول الأول: الشفعة لا تثبت فيما لا يقبل القسمة أو يقبلها بفساد وأصحابه الجمهور، وهم: المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، والزيدية[6].

---

(1) كيرة، الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ص595.

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق) ج9، ص483.

(3) الآبي، جواهر الإكليل (مرجع سابق)، ج2، ص159، الخطاب، مواهب الجليل (مرجع سابق)، ج5، ص313؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص635.

(4) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص297؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص409، الشافعي، الأم (مرجع سابق)، ج3، ص4.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464، المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص241، ابن النجار ، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3، ص227.

(6) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص6.

واستدلوا على ذلك بالآتي:

من السنة عن جابر بن عبدالله –رضي الله عنه– عنهما قال: قضى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[1].

وجه الدلالة: فالمقصود من قوله –صلى الله عليه وسلم–: "كل ما لم يقسم" بقرينة قوله " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة؛ ولا شك إذ ما وقعت فيه الحدود، وصرفت فيه الطرق هو القابل للقسمة، فيكون الحديث قد قصر الشفعة على كل ما يقبل القسمة، ونفاها فيما قسم ووقعت فيه الحدود، فلا تثبت فيه الشفعة"[2].

القول الثاني: الشفعة تثبت فيما لا يقبل القسمة أو يقبلها بفساد وأصحابه (الحنفية[3]، والشيعة الإمامية[4]، الأباضية[5]، والظاهرية[6]).

واستدلوا على ذلك بالآتي:

من السنة عن جابر بن عبدالله –رضي الله عنهما– أن النبي قال: " الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط"[7].

وجه الدلالة: أن قول النبي –صلى الله عليه وسلم–: " في كل شرك" عام يتناول ما يقبل القسمة وما لا يقبلها، فتكون الشفعة ثابتة فيما لا يقبل القسمة لدخوله في عموم الحديث[8].

---

(1) سبق تخريجه، ص23.

(2) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج3، ص75.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص110.

(4) الحلي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص253.

(5) إطفيس، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص332.

(6) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص3.

(7) سبق تخريجه، ص32.

(8) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج3، ص74.

من المعقول إن الشفعة لرفع ضرر الشركة، أو المجاورة، وضرر ذلك فيما لا يقبل القسمة أشد، فإذا شرعت فيما يقبل القسمة لرفع الضرر الأول فشرعتها فيما لا يقبل القسمة لرفع الضرر الأعلى من باب أولى[1].

الرأي المختار

لعل الرأي الثاني الذي يقضي بثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة أو يقبلها بفساد هو الرأي المختار لقوة دليله؛ ولأن الشفعة إنما شرعت لرفع ضرر الشركة والمجاورة وضرر ذلك فيما لا يقبل القسمة أشد وأبلغ منه فيما يقبلها، فإذا شرعت فيما يقبلها لدفع الضرر الأدنى، فشرعيتها فيما لا يقبلها لدفع الضرر الأعلى من باب أولى.

2.2.3.3 الشفعة في البناء والشجر إذا بيعا منفردين

تباينت آراء الفقهاء في ثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا لم يكونا تابعين للأرض المقامين عليها وبيعا مفردين إلى رأيين:

الرأي الأول: لا تثبت الشفعة في البناء والشجر إذا بيعا بدون الأرض وإليه ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية[2]، الشافعية[3]، الحنابلة[4]، الزيدية[5]، الأباضية[6]).

ودليلهم بأن البناء أو الشجر ليسا مما يدوم بقاؤهما، فكانا كالمنقول، والمنقول لا شفعة فيه لأن ضرره ليس بدائم، وإنما تثبت الشفعة فيهما تبعاً للأرض[7].

---

(1) ابن قدامه، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص466.

(2) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص419.

(3) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص408؛ الشربيني، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص185.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص529؛ المرداوي، الإنصاف (مرجع سابق)، ج6، ص241.

ابن النجار، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3، ص227 .

(5) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص10 .

(6) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص329 .

(7) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص419؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص408؛ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص494.

الرأي الثاني: تثبت الشفعة في البناء والشجر إذا بيعا بدون الأرض وبه قال المالكية[1]، والظاهرية[2].

دليلهم: بأن البناء والشجر لهما حكم الثبوت والاستقرار كالأرض، وقد ثبتت الشفعة فيها بسبب طول الضرر بطول البناء، فثبتت فيها لذلك[3].

الرأي المختار

لعل الرأي المختار هو الرأي الثاني الذي يقضي بثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا بيعا بدون الأرض؛ لان بقاءهما يطول فيطول ضررهما، والشفعة إنما شرعت لرفع الضرر الذي يطول بقاؤه.

3.2.3.3 الشفعة في الزروع والثمار

اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة في الزروع والثمار إذا بيعت مع أصولها أو مفرزه عنها إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: تثبت الشفعة فيها إنْ بيع الثمر مع الشجر والزروع مع الأرض، ولا تثبت فيها إن بيعا منفردين عنها، ذهب إلى ذلك الحنفية[4] وهو قول أصبغ[5] وعبدالملك[6] من المالكية[7] والأباضية[1].

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص220؛ الخطاب، مواهب الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص379.

(2) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص3.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)، ج5، ص220؛ الحطاب، مواهب الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص379؛ ابن حزم، المحلّى (مرجع سابق)، ج8، ص3.

(4) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص419 .

(5) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع أبو عبدالله، مولى عبدالعزيز بن مروان، المصري سكن الفسطاط، له تأليف منها كتاب الأصول، وتفسير غريب الموطأ، وآداب القضاة، والرد على أهل الأهواء، وغيرها: وكان من أفقه أهل مصر، ت بمصر سنة خمس وعشرين ومئتين ويقال: توفي سنة أربع وعشرين ومئتين. أنظر، الحيصبي، أبو الفضل عياض بن موسى (ت 544هـ)، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، ط، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث،2002م،ج1، ص338-340.

(6) هو عبدالملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جلهمة بن عباس، أهله من طليطلة، له مؤلفات كثيرة أشهرها كتاب الواضحة، كتاب الجامع، وكتاب التفسير وغيرها، كان فقهياً، مفتياً، نحوياً، لغوياً، عروضياً، شاعراً، محسناً، مؤلفاً متقناً، توفي بقرطبة سنة ثمان وثلاثين ومئتين وله ست وخمسون سنة، انظر، الحيصبي، جمهرة تراجم فقهاء المالكية (مرجع سابق)، ج2، ص783.

(7) عليش، منح الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص135 .

دليهم: بأن الثمرة والزرع إذا بيعا مع أصولهما كانا متصلين بما تثبت فيه الشفعة، فتثبت فيها استحساناً تبعاً كالبناء والشجر، أما إذا بيعا مفردين لم تكن تابعة لما تثبت فيه الشفعة، فلا تثبت الشفعة فيها قياساً على المنقولات[2].

الاتجاه الثاني: لا تثبت الشفعة فيها إن بيعا بدون أصولها، فإن بيعا مع أصولها تثبت الشفعة في الثمرة غير الظاهرة، والزرع الذي يجذ مراراً، أما الثمرة الظاهرة والتي لا تجذ مراراً فلا تثبت الشفعة فيها، ذهب إلى ذلك الشافعية[3]، والحنابلة[4].

دليلهم: بأن تبعية الزروع والثمار للأرض لا تظهر إلا في حالة عدم ظهورهما، لأنهما يدخلان حينئذ في المبيع بدون أن ينص عليها، فثبتت فيها الشفعة تبعاً للأرض التي ثبتت فيها الشفعة أصالة، أما عند ظهورهما فلا تثبتت فيها ولو بيعا مع الأرض كأمتعة الدار، كما لا تثبت الشفعة عند انفرادهما بالبيع لظهور عدم التبعية حينئذ[5].

الاتجاه الثالث: تثبت الشفعة فيها مطلقاً، سواء بيعت مع أصولها، أو بيعت منفردة، ذهب إلى ذلك المالكية على الراجح من مذهبهم[6]، والشيعة الإمامية[7].

دليلهم: بأن الزروع والثمار إذا بيعت مع أصولها كانت تابعة لما تثبت فيه الشفعة، فتثبت فيها تبعاً له كالبناء والشجر، وإذا بيعت مفردة فإنها تشبه الثابت لاتصالها بها هو ثابت فتثبت فيها الشفعة ما لم يأت وقت جذازها لليبس أو الأكل، فتكون في حكم المنقول لاستحقاقها الجذاذ.

---

(1) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص329.

(2) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص134.

(3) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص296؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص408؛ الشربيني ، الإقناع (مرجع سابق)، ج2، ص124 .

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص529؛ ابن النجار، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3، ص222 .

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464.

(6) عليش، منح الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص135.

(7) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص253.

الرأي المختار

لعل الرأي المختار هو الذي يقضي بثبوت الشفعة في الزروع والثمار مطلقاً، سواء بيعت مع أصولها، أم بيعت مفردة، وسواء كانت الثمرة ظاهرة، أو كانت غير ظاهرة، وسواء كان الزرع مما يتكرر جذه أم كان مما لا يتكرر جذه؛ لأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر الذي يلحق الشفيع ولا شك أن الضرر في بيع الثمار والزروع. كالضرر في بيع البناء والشجر لأنها متصلة بالأرض والمتصل يأخذ حكم المتصل به، والشفعة تثبت في الزروع والثمار المتصلة به.

1.3.2.3.3 موقف القانون المدني الأردني من البناء والشجر المبيع قصداً بغير الأرض

نصت المادة رقم 1159 فقرة (3) من القانون المدني الأردني[1] على ما يلي:
" لا شفعة في البناء والشجر المبيع قصداً بغير الأرض القائم عليها أو في البناء والشجر القائمين على أرض محكرة أو على الأراضي الأميرية ".

نصت المادة رقم 1020 من مجلة الأحكام العدلية[2] على أنه:
" لو بيعت العرصة[3] المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية، تجري الشفعة في الأشجار والأبنية أيضاً تبعاً للأرض وأما إذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجري فيها الشفعة".

وفيما يتعلق بالبناء والشجر المبيع قصداً من دون الأرض المقام عليها، فلا يجوز فيها الشفعة ويعلل ذلك أن البناء والغراس والأشجار تُعد منقولاً حسب المال، والأصل أنه لا شفعة في المنقول. وكذلك الأمر في البناء والغراس والشجر المقام على أرض محكرة[4]، فإذا أراد الشخص الذي قام بزرع الوقف بيع هذا الغراس،

---

(1) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م.

(2) الأتاسي، مجلة الأحكام العدلية وشرحها، ج3، ص585.

(3) العرصة: العرص: خشبة توضع على البيت عرضاً إذا أرادوا تسقيفه وتلقى عليه أطراف الخشبة الكبار، وعرصة الدار: وسطها. والعرصة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء. انظر، ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج7، ص59.

(4) فحق الحكر هو اتفاق بين شخص وبين جهة الوقف على أن يقوم بالبناء أو الغراس على الوقف لمدة محددة لقاء أجر معلوم. انظر، القدومي، الشفعة في القانون المدني الأردني (مرجع سابق)، ص28.

فلا تثبت فيها الشفعة ليس باعتباره أرض وقف فقط، وإنما باعتباره منقولاً ولا شفعة في المنقول[1].

4.2.3.3 الشفعة في المنقول

اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة في المنقول إلى اتجاهين:

الاتجـــاه الأول: لا تثبت الشفعة في المنقول، وهو قول جمهور الفقهاء وهـــم: الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، ورواية عن الشيعة الإماميـــة[6]، وقول للأباضية[7]، غير أن مالكاً يقول بثبوت الشفعة في الحيوانات والعبيد العاملـــة في الحائط لثبوتها فيه[8].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

عن جابر –رضي الله عنه– قال: قضى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– بالشفعة في كل شركة، لم تقسم ربعه، أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فـــإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به"[9].

وجه الدلالة:

إن النبي –صلى الله عليه وسلم– حكم بالشفعة في كل عقار مشـــترك، لا يقســـم ربعه وفي كل حائط وهي الأرض، فدلَّ هذا على عدم ثبوت الشفعة في غير العقار.

---

(1) القدومي، الشفعة في القانون المدني الأردني (مرجع سابق)، ص28.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج2، ص105؛ العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص419.

(3) ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)،ج12، ص402؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجـــع ســـابق)، ج5، ص406.

(4) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص296؛ الهيتمي، تحفة المحتـــاج (مرجـــع ســـابق)، ج2، ص408؛ الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص124.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ المرداوي، الأنصاف (مرجع سابق)، ج6، ص241؛ ابن النجار، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3، ص227.

(6) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص253 .

(7) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص333 .

(8) ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص443.

(9) سبق تخريجه، ص 23.

ثم إن هذا الحديث يخص الشفعة بما تدخله القسمة، والحدود والطرق، وهذا لا يكون في المنقولات[1].

ما روى جابر –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "الشفعة في كل شرك أو ربع أو حائط ل يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه"[2].

وجه الدلالة:

إن هذا الحديث الشريف يدل على ثبوت حق الشفعة في كل عقار وفي كل ما تدخله القسمة[3].

إن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فتثبت فيه الشفعة لإزالته وأما المنقولات فلا يتأبد فيها الضرر، فلم تكن في معنى العقار، ولا تدعو الحاجة لإقرار شفعة فيها لدفع الضرر إلى المنقولات لا يدوم فضلاً عن أن يحول وينقل[4].

إن ثبوت الشفعة في غير العقار لم يرد فيه نص وإنه ليس في معنى المنصوص[5].

الاتجاه الثاني: تثبت الشفعة في المنقول، وهو قول الإمام أحمد في رواية[6]، ورواية عن الشيعة الإمامية[7]، وقول للأباضية[8]، والظاهرية[9]، والزيدية[10].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

ما روي عن جابر –رضي الله عنه– قال: قضى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– في الشفعة في كل لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[11].

---

(1) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج3، ص74.

(2) سبق تخريجه، ص 23.

(3) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص90.

(4) الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص446.

(5) ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص206.

(6) ابن قدامة، المغني ولشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464.

(7) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص253.

(8) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج1، ص333.

(9) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج11، ص3.

(10) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص172.

(11) سبق تخريجه، ص 23.

ما رواه جابر –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط"[1].

ما رواه ابن عباس قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "الشريك شفيع والشفعة في كل شيء"[2].

وجه الدلالة:

إن هذه الآثار المتواترة في الشفعة تكون في كل مال وفي كل شيء، وفي كل ما لم يقسم، ورواها كذا جابر أبو الزبير سماعاً منه وعطاء وأبو سلمة، ورواه عن ابن عباس يحيى بن عبدالله بن ابي مليكه، فارتفع الإشكال جملة. وعن عبيدالله بن عبدالله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال: إذا وقعت الحدود وعرف الناس حدودهم فلا شفعة بينهم[3].

إن الشفعة لا تخلو، إما أن تكون من طريق النص أو من طريق النظر، وإن النص جاء بمشروعية الشفعة وثبوتها في العقار والمنقول، وأما طريق النظر فهو أيضاً متحقق في المنقول، كما هو موجود في العقارات، إذ الضرر يلحق بالشريك في المنقولات ويحتاج إلى دفعه كما يلحق بالعقارات ويحتاج لدفعه. وكذا فيما لا ينقسم بل هو فيه أكثر وأشد ضرراً[4].

مناقشة أدلة الفقهاء

مناقشة أدلة الاتجاه الأول

إن حديث النبي – صلى الله عليه وسلم– في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط ليس فيه أنه لا شفعة إلا في هذا فقط، وإنما فيه إيجاب الشفعة في الأرض والربع والحائط، وليس فيه ذكر حمل الشفعة فيما عداها أم لا، فوجب طلب حكم ما عدا هذه في غير هذا اللفظ[5].

---

(1) سبق تخريجه، ص 32.

(2) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشفعة، باب لا شفعة فيما ينقل ويحول، ج6، ص109.

(3) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص5–6.

(4) المرجع السابق، ج8، ص7.

(5) المرجع السابق، ج8، ص8.

إن خبر جابر بن عبدالله روي من طرق أخرى، فقد روي من طريق عطاء قوله بالشفعة في كل شيء وما يجهل أن عطاء فوق أبي الزبير إلا جاهل، وقد جاء هذا الخبر من طريق أبي خيثمة، زهير بن معاوية، عن أبي الزبير عن جابر عن النبي– صلى الله عليه وسلم –: "من كان له شريك في ربعه أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ وإن كره ترك، فهل هذا حجة في أن لا شفعة إلا في ربع أو نخل فقط دون سائر الثمار"[1].

إن الاتجاه الأول اعتدوا بالقياس واعتبروه حجة شرعية، فهلاً قاسوا على حكم الأرض والحائط والبناء سائر الأملاك لعلة الضرر ودفعه، كما قاسوا على الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح سائر الأنواع في ثبوت الربا[2].

إن ما رواه أبو سلمة عن جابر بن عبدالله أنه ورد في الحديث الشريف "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" فلا حجة لهم فيه. وذلك لأنه ليس في هذا اللفظ نص ولا دليل على أن ذلك لا يكون إلا في الأرض والعقار والبناء، بل الحدود واقعة في كل ما ينقسم من طعام وحيوان وعروض ونبات وإلى غير ذلك، وكان ذكر النبي –صلى الله عليه وسلم– في الحدود والطرق إعلاماً بحكم ما يمكن قسمته أو بقي الحكم فيما لا يقسم على حسبه، فكيف وأول الحديث بيان الكافي في أن الشفعة واجبة في كل مال يقسم، وفي كل ما لم يقسم. وهذا عموم لجميع الأموال ما احتمل فيها الشفعة وما لم يحتملها، ومن الباطل الممتنع أن يريد النبي –صلى الله عليه وسلم– بالحكم الأرض فقط. مما يجهل هذا الإجمال وهو مأمور ببيان الإبهام والتلبيس[3].

مناقشة أدلة الاتجاه الثاني:

إن تشريع الشفعة ما جاء مقصوداً شأنه شأن سائر الحقوق، وإن مقصود ثبوت الشفعة وحكمته دفع الضرر وإزالته عن الشريك، وإن الضرر المقصود إزالته ودفعه الذي يتأبد، وإن الضرر الذي لا يتأبد لا يكون إلا في العقارات من أرض أو ربع ونحوها

---

(1) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص8.

(2) بني أحمد، خالد علي، مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري، ط1، مكتبة حامد، عمان، 2006، ص352.

(3) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص9.

بخلاف المنقولات فإن الضرر فيها يندفع بانتقالها وتحولها، ولذا كان لا داعي لإثبات حق الشفعة فيها[1].

الرأي المختار

لعل الرأي المختار هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني الذي يقضي بثبوت الشفعة في المنقول لقوة أدلتهم ويضاف إلى ذلك أن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة أو الجوار وضرر الشركة موجود في المنقول، فيجب ثبوت الشفعة فيه لرفع هذا الضرر. وجميع النصوص التي استدل بها الفريقين تدل على ثبوت حق الشفعة في كل مبيع مشترك.

3. 4 المشفوع عليه

1.4.3 مفهوم المشفوع عليه

المشفوع عليه هو من يؤخذ منه المبيع بالشفعة ويسمى المشفوع منه[2].

وفي هذا المبحث لا بد من بيان أحكام انتقال المشفوع منه من ملك صاحبه بعوض مالي أو غير مالي أو بعقد لا عوض فيه والشفعة في بيع الخيار.

2.4.3 انتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض مالي

اتفق الفقهاء[3]أنه إذا انتقل ملك الحصة إلى المشفوع عليه بعقد معاوضة مالية، كالبيع أو نحوه ثبتت الشفعة عليه فيما انتقل إليه، وكذلك كل ما جرى مجرى البيع، كالصلح عن الجناية الموجبة للمال، والهبة المشروط فيها ثواب معلوم، لأن ذلك بيع

---

(1) بني أحمد، مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري (مرجع سابق)، ص352.

(2) الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين (مرجع سابق)، ج2، ص184.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص106؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5،ص208؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص303؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)،، ج2، ص410؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ ابن النجار، منتهى الإرادات (مرجع سابق)، ج3، ص225؛ الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص169؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص5؛ الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص254؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص320-334؛ ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص13.

يثبت فيه أحكام البيع، ويشترط في عقد البيع الذي تثبت منه الشفعة، أن يكون صحيحاً لازماً، فإن كان العقد فاسداً لم تثبت فيه الشفعة لأنه غير ناقل للملكية.

وحجتهم حديث جابر بن عبدالله -رضي الله عنهما- أن النبي -صلى الله عليه وسلم-: "قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم رَبْع أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فأن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به"[1].

وجه الدلالة: فقوله -عليه الصلاة والسلام-: "فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، صريح في استحقاق الشفعة على من انتقل الملك إليه بالبيع والبيع عقد معاوضة ماليه"[2].

واتفق الفقهاء[3] أيضاً على عدم ثبوت الشفعة بانتقال الملك إلى المشفوع عليه بغير عقد كالميراث، لأن الوارث لا اختيار له في انتقال الملك إليه فلا دخل له في إيذاء الشريك أو الجار، فلا وجه لمضارته بأخذ ملكه منه جبراً عنه.

3.4.3 انتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض غير مالي

اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة بانتقال الملك إلى المشفوع عليه بعقد معاوضة غير مالية كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، كأن يكون لشخص حصة في دار مثلاً فجعلها مهراً لزوجته، أو يكون لامرأة حصة في دار فجعلها عوض خلع من زوجها إلى مسارين:

---

(1) سبق تخريجه ص24.

(2) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج3، ص75.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص106؛ عليش، منح الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص140؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص410؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (مرجع سابق)، ج5، ص203؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص5؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص320.

المسار الأول: عدم ثبوت الشفعة فيما انتقل بعوض غير مالي وأصحابه الحنفية[1]، ومشهور مذهب الحنابلة[2]، والزيدية[3]، والشيعة الامامية[4]، والأباضية[5]، وابن حزم[6].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

أن المشفوع فيه في هذه الحالة قد ملك بغير مال فلا عوض له يؤخذ به، فأشبه الموهوب والموروث الذي لا شفعة فيه[7].

بأن المعهود في الشفعة هو تملك الشفيع فيها بالسبب الذي يملك به المشفوع عليه لا لسبب آخر، وتحقيق ذلك هنا غير ممكن، لأن السبب الأول، أما نكاح أو خلع، ولو تملك الشريك هنا لتملكه بالشراء الأول وهذا غير معهود في الشفعة[8].

المسار الثاني: ثبوت الشفعة فيما انتقل بعوض غير مالي وأصحابه المالكية[9] والشافعية[10] والقول الثاني عند الأباضية[11].

واستدلوا على ذلك: بان المشفوع فيه قد ملك بعقد معاوضة، فتثبت فيه الشفعة كالمملوك بالبيع[12].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص108؛ ابن عابدين، رد المختار (مرجع سابق)، ج9، ص346.

(2) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص536.

(3) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص6.

(4) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص254.

(5) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق) ج11، ص321-376.

(6) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص13.

(7) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج4، ص465.

(8) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص145.

(9) عليش، منح الجليل (مرجع سابق)،ج7، ص131؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص635-636.

(10) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص298-302؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص410؛ الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص124.

(11) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص321-376.

(12) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص635-636؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص410.

الرأي المختار

لعل الرأي الذي تبناه أصحاب المسار الثاني والذي يقضي بثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض غير مالي، هو الرأي المختار وذلك لقوة دليله ثم هو بعد ذلك يحقق المقصود من الشفعة وهو رفع الضرر.

4.4.3 انتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعقد لا عوض فيه

اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعقد لا عوض فيه، كالصدقة والوصية والهبة بغير ثواب إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: لا تثبت الشفعة فيه ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء (الحنفية[1]، المالكية في المشهور من مذهبهم[2]، الشافعية[3]، الحنابلة[4]، قول عن الزيدية[5]، الشيعة الإمامية[6]، الأباضية[7])

واستدلوا على ذلك بالآتي:

قياس لا عوض فيه كالموهوب والموصى به على الموروث بجامع أن كلاً فيه انتقال الملك بغير عوض، فكما أن الانتقال بالإرث لا تثبت فيه الشفعة، فكذلك الانتقال بعقد لا عوض فيه[8].

أن الشفعة إنما شرعت على خلاف الأصل لما فيه من أخذ مال الغير بغير رضاه، فيجب الاقتصار فيها على محل ورودها، والنص لم يرد بالشفعة إلا في البيع وما لا عوض منها ليس في معنى البيع حق يلحق به، إذ لا عوض فيها[9].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص107.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)،ج5، ص52.

(3) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)،، ج2، ص410؛ الشافعي، الأم (مرجع سابق)، ج3، ص3.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص468.

(5) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص6.

(6) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص254.

(7) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص321.

(8) ابن قدامه، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص468.

(9) المرجع السابق، ج5، ص468.

الاتجاه الثاني: ذهب إلى ثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعقد لا عوض فيه، وبه قال مالك في رواية عنه[1]، والقول الثاني للزيدية[2].

دليلهم: بان الشفعة إنما شرعت لإزالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري، لأن أقدم المشتري على شراء الشقص وبذلة ماله فيه دليل حاجته إليه، فانتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه فمن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه[3].

الرأي المختار

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم ثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعقد لا عوض فيه هو الأولى بالاعتبار لقوة أدلتهم؛ ولأن المقصود منه في مثل هذه الحالة التبرع ابتغاء وجه الله تعالى، فأخذه منه بالشفعة فيه ضرر عظيم لا يساويه الضرر الذي يلحق المشفوع عليه فالمصلحة في عدم استحقاق الشفعة عليه، يضاف إلى ذلك بأن حاجة الموهوب له، أو الموصى له قد تكون أشد من حاجة المشتري لأن المتبرع ما تبرع له والموصى له تحمل المنَّة بقبول هذا التبرع إلا لشدة اضطرارها وتحمل المنَّة صعب على النفوس لا تقبله إلا أصحاب الحاجات.

5.4.3 موقف القانون المدني الأردني من التصرف الذي خرج به العقار من ملك صاحبه

اشترط القانون المدني الأردني لقيام حق الشفعة توافر بعض الشروط، ومنها ما يتعلق بالتصرف الذي يجيز الشفعة بحيث أن يكون التصرف الذي خرج به العقار عن الملك صاحبه بيعاً، أي أن يكون هناك عقد بيع رسمي فقد نصت المادة رقم 1155 من القانون المدني الأردني[4] على ما يلي:

" 1. تثبت الشفعة بعقد البيع الرسمي مع قيام السبب الموجب لها.

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)، ج5، ص212؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص209.

(2) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص184.

(3) ابن قدامه، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص468.

(4) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

2. وتعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع."

ونصت المادة رقم 1021 من مجلة الأحكام العدلية[1] " الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع ونصت المادة رقم 1022 من المجلة "الهبة بشرط العوض في حكم البيع" ونصت المادة 1023 من المجلة "لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كتملك أحد عقاراً بهبة بلا شرط العوض أو بميراث أو وصيه" ونصت المادة رقم 1159 فقرة 2 من المجلة أيضاً على ما يلي: " لا شفعة في ملك لهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث أو وصية".

وبحسب مقتضى المادة رقم 1155 من القانون المدني الأردني لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع وأن الهبة بشرط العوض في حكم البيع فمؤدى ذلك عدم جواز الشفعة في التصرفات التبرعية سواء أكانت مضافة إلى ما بعد الموت بالوصية، أم كانت منجزه كالهبة بغير عوض ولا تجوز الشفعة في التصرفات بعوض غير البيع فلا تجوز في عقد المقايضة[2] أو كحصة إجازة أو مقابل صلح عن دم عمد أو بدل المهر[3].

واشترط القانون في البيع المشفوع فيه عدة شروط منها[4]:

1. أن يكون للبيع وجود قانوني أي لا شفعة في البيع الباطل بطلاناً مطلقاً لأنه بيع منعدم، ولا تجوز الشفعة في البيع القابل للإبطال وفي البيع المعلق على شرط فاسخ.

---

(1) الأتاسي، مجلة الأحكام العدلية وشرحها، ج3، ص589.

(2) عقد المقايضة اصطلاحاً: عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود. انظر، سعد، إبراهيم، العقود المسماة، ط1، بيروت، دار النهضة العربية، 1997م، ج1، ص44.

(3) كيرة، الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ص585؛ الأهواني، الحقوق العينة الأصلية (مرجع سابق)، ص157؛ عمران، الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ص128؛ السنهوري، الوسيط (مرجع سابق)، ج9، ص494؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ط3، عمان- مطبعة التوفيق، نقابة المحامين 1992، ج2، ص695.

(4) كيرة، الحقوق العينة الأصلية (مرجع سابق)، ص586-592؛ منصور، الحقوق العينة الأصلية (مرجع سابق)، ص220.

2. أن يكون البيع حقيقياً، طالما أن المشرع لا يجيز الأخذ بالشفعة إلا في عقد البيع، فينبغي الاستيثاق من وجود بيع حقيقي وهو ما يتحقق في أغلب الحالات في العمل ومع ذلك فقد يتحايل البائع والمشتري على تفويت الشفعة على الشفيع بأن يستر المتعاقدان البيع فيظهرانه في صورة هبة للأرض، فيحق للشفيع إثبات حقيقة العقد بكافة الطرق.
3. أن يكون البيع خالصاً أي لا يختلط به عقود أخرى لأن الشفعة وضع استثنائي يتقيد فيها الحدود التي أوردها المشرع دون توسع، وأكثر ما يتحقق اختلاط البيع بغيره حينما يكون البيع مراعى فيه إيثار فئات معينة من المشترين ويحقق مصالح عامة أو اجتماعية واقتصادية مما يقتضى أن يكون بثمن يقل كثيراً عن القيمة الحقيقية للشيء، وفي مثل هذه الحالات يكون العقد مختلطاً بين البيع والهبة، مما لا يجيز الشفعة فيه.
4. أن يكون البيع تاماً أي قد أنعقد وأصبح ملزماً لطرفيه.
5. أن يظل البيع قائماً إلى حين إعلان الرغبة إذا انعقد البيع المشفوع فيه فينبغي أن يضل قائماً إلى حين إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة.

ومن خلال نص المادة 1155 فقرة 1 يشترط أيضاً أن يكون البيع رسمياً وقت طلب الشفعة ولا يشترط أن يكون مسجلاً؛ أي أن يتم العقد عن طريق كاتب العدل ومن ثم فإن الشفعة لا تثبت بالبيع العادي (العرفي)، وكذا لا يكون البيع قائماً من باب أولى إذا اقتصر الأمر على مجرد مفاوضات لإبرام العقد فيكون طلب الشفعة ليس بذي موضوع وكذا لا يعقد بالبيع الباطل لأنه ينزل منزلة العدم[1] .

6.4.3 الشفعة وأثرها في بيع الخيار

وفي هذا المبحث أريد أن أجمل الكلام عن خيارين فقط هما: خيار الشرط، وخيار العيب وأثرهما على ثبوت الشفعة.

(1) سوار، الحقوق العينة الأصلية (مرجع سابق)، ص178.

أولاً: خيار الشرط

خيار الشرط هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة، ولا تجوز اكثر من ثلاثة أيام، فإن زاد بطل البيع فيجوز دون الثلاثة[1]. وقد اشتهر في الشرع أن قول : لا خلابة عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام[2].

إذا كان البيع على الخيار فلا خلاف بين الفقهاء[3] في عدم ثبوت الشفعة حتى يلزم البيع بمضي زمن الخيار، أو بإسقاط حق من يثبت له الخيار هذا إذا كان الخيار للبائع، أو له وللمشتري، لأن الخيار للبائع يجعل له الحق في فسخ البيع، وثبوت الشفعة يلغي هذا الحق والشفعة تثبت عند انتقال الملك وبيع الخيار ليس ناقلاً للملك.

واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري وحدة على اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب المالكية[4] والشافعي في رواية عنه[5] والحنابلة[6] والزيدية[7] إلى عدم ثبوت الشفعة.

وحجتهم: بأن بيع أشتمل على الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما إذا باع والخيار للبائع، وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه، ويوجب العهدة عليه، ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجيز كما لو كان الخيار للبائع[8].

---

(1) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج3، ص108.

(2) المرجع السابق، ج3، ص108-109.

(3) ابن عابدين، رد المختار (مرجع سابق)، ج9،ص346؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص110؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص209؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص299؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص410؛ الشافعي، الأم (مرجع سابق)، ج3، ص4؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (مرجع سابق)، ج5، ص211؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص17؛ الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص258.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص209؛ الخطاب، مواهب الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص383.

(5) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص299؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص410.

(6) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص471.

(7) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص17.

(8) ابن قدامه، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص471.

الاتجاه الثاني: ذهب الحنفية[1] والشافعي في رواية عنه[2] والشيعة الإمامية[3] إلى ثبوت الشفعة من حيث العقد.

وحجتهم: بأن المبيع قد خرج من ملك البائع فلا حق فيه إلا للمشتري ولا حق لغيره فيه، وله أن يتصرف فيه بما يراه، زمن أجل هذا تحقق الضرر الذي تخشاه الشفيع على نفسه فسلط عليه بالشفعة ليدفع هذا الضرر والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك[4].

الرأي المختار

لعل الرأي الأول هو الرأي المختار الذي يقضي بعدم ثبوت الشفعة لقوة دليله.

ثانياً: خيار العيب

ومعنى خيار العيب: أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البدلين، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد[5]. ويسمى عند الفقهاء القدامى بخيار النقيصة[6].

فقد ذهب الحنفية[7] وابن القاسم[8] من المالكية[9] وقول للشافعية[10] وقول عند الأباضية[1] على أنه ابتداء بيع ثبتت به الشفعة لأن خيار العيب لم يمنع زوال الملك عن البائع.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص111؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص334.

(2) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص299؛ الشافعي، الأم (مرجع سابق)، ج3، ص4.

(3) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص258-263.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص111.

(5) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، ج4، ص261.

(6) هو خيار النقيصه هو خيار النقيصة أو النقص، فهو منوط بفوات شيء من المعقود عليه كان يُظن حصوله. انظر، النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج3، ص120.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص108؛ ابن عابدين، رد المحتاج على الرد المختار (مرجع سابق)، ج9، ص334.

(8) هو عبدالرحمن بن القاسم بن خالد أبو عبدالله العتقي، ولد سنة اثنين وثلاثين ومئه، ويقال سنة ثمان عشرين ومئه، وهو مولى زبد بن الحارث العتقي، أصله من الشام من فلسطين من مدينة الرملة، وسكن مصر، الفقية، الورع الزاهد، العابد، روى عن مالك بن انس- وصحبه وتفقه به- والليث، وعبدالعزيز بن الماجشون وغيرهم، ولابن القاسم سماع من مالك عشرون كتاباً، وكتاب المسائل في بيوع الأصل وتوفي بمصر سنة إحدى وتسعين ومئه، انظر، اليحصبي، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية (مرجع سابق)، ج2، ص647.

(9) القرافي، الذخيرة (مرجع سابق)، ج7، ص368.

(10) الكوهجي، عبدالله بن الشيخ حسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق عبدالله بن إبراهيم الأنصاري، ط، بيروت، المكتبة العصرية، 1982م، ج2، ص331.

وذهب أشهب[2] من المالكية[3] وقول للشافعية[4]، والزيدية[5] وقول عند الأباضية[6] إلى خيار العيب بأنه رد للبيع الأول وفسخ له لم تثبت فيه الشفعة لعدم انتقال الملك واستقراره. ذلك بأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري؛ لأنه تقرر بالبيع، وحق المشتري تقرر برؤية العيب، وأسبق الحقين أولى بالرعاية، وبأن غرض المشتري من الرد دفع الظلم عنه وحصوله على الثمن وذلك يتحقق بأخذ الشفيع.

7.4.3 موقف القانون المدني الأردني في الشفعة في بيع الخيار

نصت المادة رقم 1165 من القانون المدني الأردني[7] على ما يلي:

1. تملك العقار المشفوع قضاء أو رضاء يعتبر شراء جديداً يثبت به خيار الرؤية والعيب للشفيع وإن تنازل المشتري عنهما.

ونصت المادة رقم 1037 من مجلة الأحكام العدلية[8] على ما يلي:

" تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الشراء ابتداء بناء عليه الأحكام التي تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة أيضاً".

يعني ذلك أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري أن كان الأخذ بعد القبض، وبمنزلة الشراء من البائع أن كان قبله، لتحول الصفقة إليه فثبتت له

---

(1) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص464.

(2) هو أشهب بن عبدالعزيز داود القيسي (145-204هـ) فقيه الديار المصرية في عهده، كان صاحب الإمام مالك، قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه، قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له، مات بمصر، انظر، مراد، معجم تراجم الفقهاء (مرجع سابق)، ص24.

(3) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت520هـ)، البيان والتحصيل، تحقيق أحمد الحبابي، ط2، بيروت دار الغرب الإسلامي، 1988م، ج12، ص137.

(4) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص299؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص410.

(5) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص17.

(6) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص464.

(7) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(8) الأتاسي، مجلة الأحكام العدلية وشرحها، ج3، ص622.

الخيارات فيه كما إذا اشتراه منها باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البرائه منه أي من العيب، لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع، فلا يعمل شرطه ورويته في حقه، وقيد بخياري الرؤية والعيب لأن خيار الشرط وكذا الأجل في الثمن لا يثبتان للشفيع لعدم اشتراطهما عليه، والحاصل أن كلما ثبت للمشتري إلا بالشرط لا يثبت للشفيع[1].

5.3 المشفوع به

1.5.3 مفهوم المشفوع به

المشفوع به ما يدفعه الشفيع من الثمن أو القيمة للمشفوع عليه[2].

وعرفت المادة 953 من مجلة الأحكام العدلية[3] المشفوع به فنصت " المشفوع به هو ملك الشفيع الذي كان به الشفعة".

2.5.3 موقف الفقه الإسلامي فيما يدفعه الشفيع

تقدم البحث أن الشفعة إنما تثبت بانتقال المشفوع منه من ملك صاحبه بعقد معاوضة، وأن المعاوضة قسمان، مالية وغير مالية، فإن كانت المعاوضة مالية كالبيع، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال، وكان العوض حالاً غير مؤجل فقد اتفق الفقهاء[4] على أن الشفعة ثابتة، ويدفع الشفيع للمشتري قدر الثمن الذي استقر

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (مرجع سابق)، ج2، ص698.

(2) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص326؛ السنهوري، الوسيط (مرجع سابق،)، ج9، ص447.

(3) الأتاسي، مجلة الأحكام العدلية وشرحها (مرجع سابق)، ج3، ص515.

(4) ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار (مرجع سابق)، ج9،ص337؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)،ج5، ص214-215؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص636؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص301؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص413؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص505-507؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص532؛ الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص180؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص21؛ الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص258؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص321.

عليه العقد فيأخذ الشفيع المشفوع فيه بمثل الثمن إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان منقوصاً؛ لأن الشارع جعل للشفيع الحق في أن يتملك المشفوع فيه بما تملك به المشتري فإن كان مما لا مثل له، كالثياب والحيوانات، فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن، لأنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثيلي والاعتبار بالقيمة وقت البيع، لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة أو النقص.

أما إذا كانت المعاوضة غير مالية، كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد، فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة بها فيما يأخذ به الشفيع إلى مسارين:

المسار الأول: يأخذ بقيمة الشقص ذهب إلى ذلك المالكية[1] والشافعية في رواية عنهم[2].

واستدلوا: بأن هذه الأعراض غير مضبوطة ولا معلومة القدر، فالرجوع إلى قيمتها يوجب ضرراً بأحد الجانبين المشتري أو الشفيع ولا يجوز رفع ضرر ليجلب ضرراً غيره؛ أي أن المهور مبنية على المكارمة، فكانت غير مضبوطة ولا معلومة القدر، لأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص وما هم عليه في الحياة الاجتماعية، فلو رجعنا إلى قيمتها، لألحقناها ضرر بالشفيع إذا زاد مهر المثل عن قيمة الشقص، لهذا الضرر يجب أن يؤخذ بقيمة الشقص، لأنها مضبوطة ومعلومة القدر[3].

المسار الثاني: يأخذ بقيمة العوض وهو مهر المثل في النكاح وأجرة المثل في الإجارة ذهب إلى ذلك الشافعي في الرواية الأخرى[4].

ودليله: بأن العصمة في الخلع، أو البضع في النكاح، أو المنافع في الإجارة، لا مثل له. والأصل أن ما لا مثل له، يرجع إلى قيمته كالعبد والثياب، والقيمة هنا أجرة المثل أو مهر المثل فيجب الأخذ بها[5].

---

(1) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص636؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)،ج5، ص216.

(2) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص414.

(3) الماراني، تكملة المجموع، شرح المهذب (مرجع سابق)، ج15، ص663.

(4) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص414، 415.

(5) الشيرازي، تكملة المجموع، شرح المهذب (مرجع سابق)، ج15، ص663.

الرأي المختار

لعل الرأي الذي يقضي بأخذه بقيمة الشقص، هو الرأي المختار لأن البضع إنما قوم في النكاح للضرورة والضرورة تقدر بقدرها.

3.5.3 الثمن المؤجل وأثره على الشفيع

إذا كان البيع إلى أجل فيثور سؤال هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل، أو يأخذ المبيع بالثمن حالاً، أو هو مخير؟

للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليئاً أو يأتي بضامن مليء ذهب إلى ذلك مالك[1] والشافعي في رواية[2] وأحمد[3] والأباضية[4].

واستدلوا على ذلك بالآتي أن الشفيع يأخذ المشفوع فيه بمثل الثمن أو قيمته مؤجلاً إلى ذلك الأجل إذا كان مليئاً أو ضمنه مليء بأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته، والتأجيل من صفاته. ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر[5].

القول الثاني: الشفيع مخير بين أن يعمل ويأخذه في الحال أو يصبر حتى ينقضي الأجل ويأخذ ، ذهب إلى ذلك الحنفية[6] وهو مشهور مذهب الشافعي[7] والشيعة الإمامية[8].

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)،ج5، ص217؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص637.

(2) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص413.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص507.

(4) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص395.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص507.

(6) ابن عابدين، رد المختار على الرد المختار (مرجع سابق)، ج9،ص337؛ السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص153.

(7) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص301؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص413

(8) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص262.

واستدلوا على أن الشفيع بالخيار أن شاء أخذها بثمن حال وأن شاء انتظـــر مضي الأجل فأخذ عند ذلك، وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل، لأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالبيع، والأجل لم يجب بالبيع، وإنما وجب بالشرط، والشرط لم يوجد في حق الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشتري للشفيع بأن اشترى على أنه بالخيـــار، لأن ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع. وكذا البراءة عن العيب لا تثبت فـــي حـــق الشفيع، لأن ثبوتهما في الشرط ولم يوجد مع الشفيع، كذا هذا، وله أن يمتنـــع عـــن الأخذ في الحال، لأن الشفيع غير مجبور على الأخذ بالشفعة ولو أختار الشفيع أخـــذ الشقص بثمن حال كان الثمن للبائع على المشتري إلى أجل، لأن الأخذ من المشتري تملك منه بمنزلة التملك المبتدأ، كأنه اشترى منه فلا يوجب بطلان البيع الأول، فبقى الأول على حاله. فكان الثمن على حاله إلى أجله[1].

القول الثالث: لا يأخذه إلا بالنقد حالاً وبه قال **الثوري والزيدية**[2] واســـتدلوا على ذلك بأن المبيع قد أصبح في حوزة المشتري ودخل في ضمانه، والشفيع إنمـــا يأخذه منه، فلا يثبت إلا برضاه، فحيث لم يرضَ وجب الأخـــذ بالمثـــل أو القيمـــة حالة[3].

الرأي المختار

لعل رأي الحنفية الذي يقضي بالتخير بين أن يعجل ويأخذ فـــي الحـــال، أو يصبر حتى ينقضي الأجل هو الرأي المختار لقوة دليلـــه، ولأن العمـــل بـــه يرفـــع الضرر عن الجانبين.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار على رد المختار(مرجع سابق)، ج9، ص337.

(2) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص23.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص507.

4.5.3 موقف القانون المدني الأردني فيما يدفعه الشفيع من الثمن للمشفوع عليه (المشفوع به)

نصت المادة رقم 1150 من القانون المدني الأردني[1] على أن الشفعة حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات.

ونصت المادة رقم2 / فقرة1/ بند هـ من قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة[2] على ما يلي: "على مدعي الشفعة أو الأولوية عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره وفي حال الادعاء بأن الثمن المذكور في العقد يزيد على الثمن الحقيقي أو بدل الثمن فعلى المحكمة تقدير المبلغ الواجب إيداعه أو تقديم الكفالة على أن لا يؤثر ذلك في حقه في استرداد ما زاد عن الثمن الحقيقي أو بدل المثل المقدر".

ونصت المادة رقم 2 فقرة 2 من قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة[3] على ما يلي: "إذا تبين بنتيجة الحكم أن الثمن أو بدل المثل الواجب دفعه يزيد عن المبلغ المودع في صندوق المحكمة أو المقدم به كفالة فعلى المدعي أن يدفع الزيادة خلال شهرين من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية و إلا سقط حقه في تنفيذ الحكم".

ونصت المادة رقم 1165 من القانون المدني الأردني[4] فقرة 2 على ما يلي: "ولا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع".

---

(1) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(2) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.

(3) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.

(4) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

الفصل الرابع

الإجراءات والآثار المترتبة على حق التملك بالشُّفْعَة

1.4 الإجراءات المترتبة على حق التملك بالشُّفْعَة في الفقه الإسلامي

الإجراءات هي مجموع الأصول والأوضاع التي يجب على المتقاضين مراعاتها والحصول على حقوقهم[1].

بما أن حق التملك بالشُّفْعَة حق ضعيف فلا بد من اتباع إجراءات معينة يقوم بها الشفيع بمجرد علمه بالبيع حتى يحكم له بها، فهناك طريقان للأخذ بالشُّفْعَة:

أولاً: الأخذ بالشُّفْعَة رضاءً.

ثانياً: الأخذ بالشُّفْعَة قضاءً، ولا بد من بيان هذين الطريقين.

1.1.4 الطريق الأول: الأخذ بالشُّفْعَة رضاءً

لم يطل الفقهاء الكلام في موضوع التراضي، وذلك لأن التراضي بطبيعته موقف حاسم لا يحتاج إلى بيان أو إطالة، والأخذ بالرضا يقع في صور شتى منها ما يتم بين البائع والشفيع وذلك بأن يخطر البائع الشفيع برغبته في البيع قبل أن يعرض الشقص على غيره ممن ليس له هذه الصفة، ومنها ما يتم بين المشتري والشفيع وذلك بأن يسلم المشتري الشقص للشفيع دون مقاضاة[2].

ولا خلاف بين الفقهاء في كون الرضا يثبت به حق التملك بالشُّفْعَة وإن اختلفت ألفاظهم في التعبير عن ذلك.

فالحنفية عبروا عن ذلك بقولهم: "فالتملك بالشُّفْعَة يكون بأحد طريقين إما بتسليم المشتري، وإما بقضاء القاضي، أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر؛ لأن الأخذ

---

(1) هندي، أحمد، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2002م، ص5.

(2) العقاد، الشُّفْعَة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م مقارناً بالفقه الإسلامي (مرجع سابق)، ص150.

بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع وهو الثمن يفسّر الشـراء هنـا والشـراء تملك"[1].

وعبر المالكية عن ذلك بقولهم: "ولزم المشتري تسليمه الشقص إن سـلّم لـه الأخذ، بأن قال–بعد قول الشفيع: أخذت، وأنا قد سلمت لك ذلك"[2].

وعبر المالكية عن ذلك باللزوم ففي كلام الدردير المتقدم يلزم المشتري تسليم الحصة للشفيع إذا سلم للشفيع بالأخذ، وذلك بمعنى أنه يلزمه تلقائياً ودون أن يجبـر على التسليم، إما دِيناً وإما مروءة[3].

وعبر الشافعية عن ذلك بقولهم: "لا يشترط في التملك بالشُّفْعَة حكم حاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور المشتري، ويشترط لفظ من الشفيع كتملكـت أو أخـذت بالشُّفْعَة ويشترط مع ذلك إما تسليم العوض إلى المشتري فـإذا تسـلمه أو ألزمـه القاضي التسليم ملك الشفيع الشقص، وإما رضى المشتري بكل العوض في ذمته"[4].

فليس معنى قولهم: "لا يشترط في التملك بالشُّفْعَة حكم حاكم" بأن يضع الشفيع يده على الحصة المشفوعة غصباً وإنما يعني قولهم أن ذلك يتم بالرضا"[5].

ومن كلام الحنابلة: "ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه.... بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك إذا كـان الـثمن والشـقص معلومين ولا يفتقر إلى حكم حاكم"[6].

ومن كلام الزيدية: "وأما كونها تستحق بالطلب فمعناه أن الشـفيع إذا طلـب فذلك هو السبب في الاستحقاق فإن رضى المشتري صار المشفوع فيـه ملكـاً لـه بمجرد ذلك، ويجب عليه دفع ما دفعه من الثمن"[7].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص126.
(2) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص648.
(3) العقاد، الشُّفْعَة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م مقارناً بالفقه الإسلامي (مرجع سابق)، ص152.
(4) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص300.
(5) العقاد، الشُّفْعَة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م مقارناً بالفقه الإسلامي (مرجع سابق)، ص152.
(6) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص474.
(7) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص173–174.

ومن كلام الأباضية: "إذا أراد الشفيع أخذ شفعته أتى المشتري بما يشفع بـه ومعه أمينان فيقول له: أنك اشتريت دار فلان ولي شرائه بالشُّفْعَة وقد أخذتها وهـذا مالك"[1].

2.1.4 الطريق الثاني: الأخذ بالشُّفْعَة قضاءً

بما أن الشُّفْعَة حق ضعيف فلا تكون سبيلا للتملك بها إلا باتخـاذ إجـراءات خاصة بطلبها من الشفيع بمجرد العلم بالبيع حتى يحكم له بها"[2].

قال الحنفية[3]: " يلزم في الشُّفْعَة طلبات ثلاثة: هي طلب المواثبة[4]، وطلـب التقرير والإشهاد، وطلب الخصومة والتملك".

وقبل الحديث عن هذه الطلبات لا بد من معرفة وقت أخذ الشـفيع للشـفعة، فالشفيع قد يكون حاضراً وقد يكون غائباً.

3.1.4 شفعة الحاضر

لا خلاف بين الفقهاء[5] على أن من تثبت له الشُّفْعَة ولم يعلم بموجبهـا فهـو على شفعته حتى يعلم طال الزمن أو قصر؛ لأنه معذور لعدم العلم، فإن علم ثم آخر الطلب من غير عذر سقط حقه فيها.

ثم اختلفوا بعد ذلك في وقت وجوبها له إذا كان يعلم بما يوجبها هل يطلبهـا على الفور، أو على التراخي؟ إلى أربعة اتجاهات:

---

(1) إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص383.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، ج5، ص826.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص356–358؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختـار (مرجع سابق)، ج9، ص328؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص358.

(4) انظر، تعريفها ص106 من الرسالة.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص357؛ ابن رشد، بداية المجتهـد (مرجـع سـابق)، ج5، ص213؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص644؛ الشربيني، مغني المحتـاج (مرجـع سابق)، ج2، ص307؛ البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الاقنـاع، تحقيـق إبراهيم أحمد عبدالحميد، طبعة خاصة، الرياض،= = دار عالم الكتـب 2003م، ج5، ص193؛ ابـن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص14؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص19.

الاتجاه الأول: هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب، فإن علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته. ذهب إلى ذلك الحنفية(1)، والشافعية في المشهور(2)، وظاهر مذهب أحمد(3)، والزيدية(4)، والشيعة الامامية(5)، قول للأباضية(6).

واستدلوا على ذلك بالآتي:

من السنة: ما رواه ابن ماجة عن ابن عمر عن النبي –صلى الله عليه وسلم– قال: "الشُّفْعَة كَحَلِّ العِقَال"، وفي رواية "الشُّفْعَة كنشط العقال إن قيدت ثبت وإن تركت فاللوم على من تركها"(7).

وجه الدلالة: أن النبي –صلى الله عليه وسلم– جعل الشُّفْعَة مثل البعير الشاردة الذي إن بودر بتقيده ثبت، وإن لم يبادر بتقيده عدا وتعذر رجوعه، فيثبت لها ما يثبت للمشبه به، واللوم على من تركها"(8).

من المعقول

أن الشُّفْعَة تثبت لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب، لأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص356.

(2) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص307؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص417؛ الشربيني، الاقناع (مرجع سابق)، ج2، ص126؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص188.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص473؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص538؛ المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص245.

(4) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص173؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص19.

(5) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص259.

(6) إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص430.

(7) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشُّفْعَة، باب رواية ألفاظ منكرة، ج6، ص108؛ ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الشُّفْعَة، باب طلب الشُّفْعَة، رقمه 3500، ص835، في اسناده محمد بن عبدالرحمن البيلمي، قال فيه ابن عدي، كل ما يرويه البيلمي فالبلاء فيه منه، فهو ضعيف وحدث عنه أبيه نسخة كلها موضوعة لا يجوز الاحتجاج به.

(8) الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج5، ص409.

التصرف فيه خشية أخذه منه، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته؛ لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها[1].

بأن سكوت الشفيع عن طلبه الأخذ بالشُّفْعَة بعد علمه بما يوجبها دليل صريح على ترك حقه فيها[2].

الاتجاه الثاني: له أن يطالب بها ما دام في المجلس ولو طال، ما لم يوجد منه ما يدل على الأعراض. إلى هذا ذهب الحنابلة في رواية[3] والكرخي[4] من الحنفية[5] ورواية عن محمد بن الحسن[6].

دليلهم أن حق الشفعة خيار التملك كخيار القبول والمخيرة ولأنه يتروى لينظر هل يصلح له الأخذ أم لا يصح وذلك لا يمكن على الفور [7].

الاتجاه الثالث: لا تجب على الفور بل وقت وجوبها متسع، لا تسقط ما لم يوجد من الشفيع ما يدل على الرضا بعفو أو مطالبة بقسمة ونحوه إلى هذا ذهب مالك[8]، ورواية عن الإمام أحمد[9]، والظاهرية[10].

واختلف قول مالك[11] في هذا الوقت هل هو محدود أم لا؟.

---

(1) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص474.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص356.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص473.

(4) الكرخي (260هـ–340هـ) هو عبيد الله بن الحسين، أبو الحسين الكرخي، فقيه حنفي. انتهت إليه رئاسة الحنفية، ومن تصانيفه "شرح الجامع الصغير" و "شرح الجامع الكبير" وكلاهما في فقه الحنفيه؛ انظر مراد، معجم تراجم أعلام الفقهاء (مرجع سابق)، ص285.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص357.

(6) المرجع السابق، ج6، ص357.

(7) المرجع السابق، ج6، ص357.

(8) ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص404؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص214.

(9) المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص245.

(10) ابن حزم، المحلّى (مرجع سابق) ج8، ص14.

(11) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص214؛ ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص404.

فمرة قال: هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبداً إلا أن يحدث المبتاع بنـــاءً أو تغيراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر ساكت.

ومرة حدد هذا الوقت، فروي عنه السنة، وهو الأَشهر، وقيل أكثر من ســنة، وقد قيل عنه: أن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشُّفْعَة.

ويرى ابن حزم[1] أن الشُّفْعَة، تثبت حتماً للشفيع بإيجاب الله تعالى، فلا تسقط بترك الطلب، ولو ثمانين سنة أو أكثر إلا إذا أسقطه بنفسه، ويرى أن القــول بــأن الشُّفْعَة لمن واثبها فاسد لا يحل أن يضاف مثله إلى رســول الله –صــلى الله عليــه وسلم-.

أدلتهم

واستدلوا على ذلك: بأن أحاديث الشُّفْعَة مطلقة غير مقيدة بوقت، فيجب بقاؤها على إطلاقها وأحاديث الفورية ضعيفة وفيها مقال يمنع القول من صحتها، ويضاف إلى ذلك أن حق الشُّفْعَة حق لا ضرر في تراخيه، فلــم يســقط بالتــأخير كحــق القصاص، وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وإن أحــدث فيــه عمارة من غراس أو بناء وأخذ منه بالشُّفْعَة فله قيمة ما بناه أو غرس[2].

الاتجاه الرابع: له أن يطالب بها مدة ثلاثة أيام، فإن مضت ولم يطلبها ســقط حقه في المطالبة، وسقطت شفعته[3] ذهب إليه الثــوري وابــن أبــي ليلــى وقــول للشافعية[4] والأباضية في قول ثانٍ[5].

أدلتهم

واستدلوا على ذلك: بأن الخيار مقدر بثلاثة أيام وبأن الشفيع يحتاج إلى نظر وتأمل والطلب على الفور يفوت عليه هذا التأمل والطلب على التراخي مــن غيــر توقيت له يضر بالمشتري فكان لا بد من وضع حــد فاصــل يــزول معــه هــذان

(1) ابن حزم، المحلّى (مرجع سابق) ج8، ص14-16.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص214.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص474.

(4) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص188.

(5) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص431.

الضرران والشارع اعتبر الثلاثة أيام حداً فاصلاً من مواضع كثيرة بخيار الشرط في بعض أنواع البيع فصلحت حدا لهذا الخيار في الشُّفْعَة[1].

الرأي المختار

لعل الرأي المختار هو الرأي الرابع الذي قيد طلب الشُّفْعَة بالثلاثة أيام، وذلك لأن التقيد بالثلاثة أيام فيه دفع للضرر عن المشتري وفي الوقت نفسه لا يضيع حق الشُّفْعَة بخلاف من قيدها بمجرد العلم أو كان الطلب بالمجلس، وبخلاف من أطلق في مدتها؛ لأن ذلك يضر بالمشتري حيث لا يستقر ملكه في المبيع ولا يتمكن من التصرف فيه، خوفاً من ضياع جهده وأخذه بالشُّفْعَة.

4.1.4 شفعة الغائب

الغائب: إما أن يعلم في غيبته بما يوجب الشُّفْعَة وإما لا يعلم.

أولاً: فإن لم يعلم بما يوجب الشُّفْعَة، أو ببيع شريكه حتى غاب فهل له شفعة أو لا؟.

للفقهاء مساران:

المسار الأول: الغائب على شفعته أو إن طالت غيبته، ما لم يعلم ببيع شريكه، فإذا رجع بعد غيبته كان حكمه في الطلب حكم الحاضر إلى هذا ذهب جمهور الفقهاء وهم الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، والزيدية[6]، والشيعة الأمامية[7]، وقول للأباضية[8].

---

(1) ابن قدامة، المغني (مرجع سابق)، ج5، ص474.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص354.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص213؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص644.

(4) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص307؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص416؛ الشافعي، الأم (مرجع سابق)، ج3، ص4؛ الشربيني، الاقناع (مرجع سابق)، ج2، ص127.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص485؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص545؛ المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص248.

(6) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص177-183.

(7) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص255.

(8) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص361.

واستدلوا على ذلك بالآتي:

من السـنة: مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً"[1].

وسائر أحاديث الشُّفْعَة المتقدمة فإنها لم تفرق من حاضر وغائب، فيجب العمل بها حيث لم يقم دليل على خلافه[2].

المعقول: أن الشُّفْعَة حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى الغائـب، فيثبـت لـه، كالإرث، أو لأنه شريك لم يعلم بالبيع، فتثبت له الشُّفْعَة عند علمه كالحاضر إذا كـتم منه البيع[3].

المسار الثاني: ليس للغائب شفعة إلا للغائب القريب وإليه ذهـب النخعـي، والقول الثاني للأباضية[4].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

من السنة: فعن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الشُّفْعَة كحل العقال ولا شفعة لغائب"[5]. الحديث ظاهر الدلالة في نفي الشُّفْعَة عـن الغائب[6].

من المعقول: أن إثبات الشُّفْعَة للغائب يضر بالمشتري ويمنع مـن اسـتقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفـاً من أخذه منه، فـوجب أن لا تثبت لـذلك الغائب دفعاً لهـذا الضرر، كما لم تثبت للحاضر على التراخي[7].

---

(1) سبق تخريجه ص33.

(2) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص485.

(3) المرجع السابق، ج5، ص485.

(4) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص355.

(5) سبق تخريجه ص99.

(6) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج2، ص77.

(7) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص355.

الرأي المختار

لعل الرأي الأول الذي يقضي بثبوت الشُّفْعَة للغائب ولو طالت غيبته هو الرأي المختار، فإذا لم يعلم بموجبها إلا وقت قدومه فحكمه في المطالبة حكم الحاضر والحديث الذي استدل به من ينفي الشُّفْعَة عن الغائب حديث ضعيف[1].

وأما إذا علم بالبيع وهو غائب فللفقهاء اتجاهان:

الاتجاه الأول: تسقط شفعته متى علم بموجبها وهو غائب وقدر على الإشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل، سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه وإليه ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، وقول للشيعة الأمامية[5]، والزيدية[6]).

وحجتهم: بأن الغائب لا عذر له متى علم بما يوجب الشُّفْعَة فكان كالحاضر العالم[7].

الاتجاه الثاني: لا تسقط شفعته وإن طالت غيبته وإليه ذهب مالك[8]، وابن حزم[9]، القول الثاني للشيعة الإمامية[10].

وحجتهم: الأحاديث الواردة في الشُّفْعَة، إذ أنها لم تفرق بين حاضر وغائب ولا بين من علم بها في غيبته ومن لم يعلم، فيجب العمل فيها حتى يدل الدليل على

---

(1) اسناده ضعيف فإنه لا تقوم به حجة وضعفه البزار وقال ابن حبان لا أصل له وقال أبو زرعة منكر وفي معناه أحاديث كلها لا أصل لها، انظر؛ الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج2، ص77.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص360.

(3) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص308؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص417؛ الشربيني، الأقناع (مرجع سابق)، ج2، ص127-128.

(4) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص248.

(5) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص265.

(6) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص174؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص20.

(7) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص308.

(8) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص213.

(9) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص14.

(10) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص265.

خلاف ذلك، ولم يرد ما يخالف ذلك، ويلحق بالغائب المريض مرضاً شديداً يمنعه من المطالبة، والمحبوس ظلماً أمر في دين لا يمكنه أداؤه[1].

ولا خلاف بين الفقهاء[2] في أنه إذا عجز الغائب عن الإشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط لأنه معذور في تركه، فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره، أو لعدم العلم.

2.4 مراحل طلب الشُّفْعَة

1.2.4 طلب المواثبة

1.1.2.4 تعريف المواثبة.

المواثبة لغة: من وثب وثباً ووثوباً ووثباناً: ظفر وواثبه أي ساوره[3]. أما طلب المواثبة: فهو أن يطلب الشفيع في مجلس علمه بالبيع الأخذ بالشُّفْعَة بكل لفظ يفهم منه طلب الشُّفْعَة في الحال[4]، وسمي هذا الطلب بطلب المواثبة تبركاً بلفظ الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: "الشُّفْعَة لمن واثبها"[5] أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة، لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه[6].

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص213.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص360؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، 643؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص308؛ ؛ ابن قدامة، المغني (مرجع سابق)، ج5، ص486؛= = المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص248؛ ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص14؛ الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص259؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص20.

(3) الجوهري، الصحاح (مرجع سابق)، ج1، ص231.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص356-358؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص328؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص358.

(5) الصنعاني، أبو بكر عبدالرزاق بن همام (ت 211هـ)، المصنف، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1983، كتاب البيوع، باب الشفيع يأذن قبل البيع، رقمه 14406، ج8، ص83. وهو حديث غريب؛ انظر الزيلعي، جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، ط3، بيروت، لبنان، 1987، ج4، ص176.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص356.

2.1.2.4 وقت طلب المواثبة

وقت هذا الطلب هو وقت علم الشفيع بالبيع[1]، وعلمه بـــالبيع قـــد يحصـــل بسماعه بالبيع بنفسه، وقد يحصل بإخبار غيره له.

واختلف الحنفية[2] في اشتراط العدد والعدالة في المخبر فقـــال أبـــو حنيفـــة يشترط أحد هذين: إما العدد في المخبر وهو رجلان أو رجل وامرأتان وإما العدالة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يشترط فيه العدد ولا العدالة، فلو أخبـــره واحـــد بالشُّفْعَة عدلاً كان أو فاسقاً، فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الأصل أو لم يطلب في المجلس على رواية محمد. بطلت شفعته عندهما إذا ظهر كون الخبـــر صادقاً. وذلك لأن العدد والعدالة لا يعتبر شرعاً في المعـــاملات وهـــذا مـــن بـــاب المعاملة فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة ووجه قول أبي حنيفة: أن هذا إخبار فيـــه معنى الإلزام فحق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر فأشبه الشهادة فيعتبر منه أحد شرطي الشهادة وهو العدد أو العدالة[3].

3.1.2.4 شرط طلب المواثبة

شرط طلب المواثبة يكون من وقت العلم بالبيع هذا عند الحنفية[4] ومشـــهور مذهب الشافعية[5] وظاهر مذهب أحمد[6] والزيدية[7] والشيعة الإمامية[8] والقول عند الإباضية[9].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص356؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص116.

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص328؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع ســابق)، ج6، ص358؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج1، ص363.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص116.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص116–117؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص357.

(5) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص307؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص417.

(6) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص473؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص538.

(7) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص173؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص19.

(8) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص259.

(9) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص341.

وقال الكرخي من الحنفية ورواية عن محمد[1] والحنابلة في رواية لهم[2] له أن يطالب بها ما دام في المجلس ولو طال.

وقال مالك[3] ورواية عن الإمام أحمد[4] والظاهرية[5] لا تجب على الفور بل وقت وجوبها متسع.

وقال الثوري وابن أبي ليلى وقول للشافعية[6] والقول الثاني للأباضية[7] له أن يطالب بها مدة ثلاثة أيام فإن مضت ولم يطلبها سقط حقه في المطالبة وقد سبق بيان أدلة كل فريق في الفصل الرابع[8].

4.1.2.4 الإشهاد على طلب المواثبة

الإشهاد ليس بشرط لصحة طلب المواثبة فلو لم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله، وإنما الإشهاد للإظهار عند الخصومة على تقدير الإنكار، لأن من الجائز أن المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب أو لا يصدقه في الفور ويكون القول قوله فيحتاج إلى الإظهار بالبيِّنة عند القاضي على تقدير عدم التصديق، لا أنه شرط صحة الطلب، هذا عند الحنفية[9] والشافعية[10]، وعند الحنابلة[11]: تسقط الشُّفْعَة

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص356؛ ابن عابدين، رد الحتار على الدرر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص328.

(2) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص473.

(3) ابن أنس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص404؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص214.

(4) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص245.

(5) ابن حزم، المحلّى (مرجع سابق)، ج8، ص14.

(6) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص188.

(7) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص431.

(8) انظر، الفصل الرابع ص99-102.

(9) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص357؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص329؛ العيني، البناية في شرح للهداية (مرجع سابق)، ج10، ص362؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص117.

(10) الرملي، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، ج5، ص219.

(11) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص486.

بسيره إلى المشتري في طلبها بلا إشهاد، ولا تسقط إن أخَّر طلبه بعد الإشـــهاد، أي إنَّ الحنابلة يشترطون الإشهاد لصحة الطلب.

2.2.4 طلب التقرير والإشهاد

هذه المرحلة من المطالبة اختص بذكرها الحنفية فقالوا: يجب على الشفيع بعد طلب المواثبة أن يشهد ويطلب التقرير[1].

وطلب التقرير هو أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يــده، أو على المشتري وإن لم يكن العقار في يده، أو عند المبيع بأنه طلب ويطلـــب فيـــه الشُّفْعَة الآن[2].

والشفيع محتاج إلى الإشهاد لإثباته عند القاضي ولا يمكنه الإشـــهاد ظـــاهراً على طلب المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشـــهاد والتقرير[3].

1.2.2.4 كيفية طلب التقرير والإشهاد

المبيع إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشتري، فإن كان في يد البائع فالشفيع بالخيار إن شاء طلب من البائع، وإن شاء طلب من المشـــتري وإن شاء طلب عند المبيع، أما الطلب من البائع والمشتري فلأن كل واحد منهما خصـــم البائع باليد والمشتري بالملك، فصح الطلب من كل واحد منهما وأما الطلـــب عنـــد المبيع فلأن الحق متعلق به، فإن سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند المبيع مع القدرة عليه بطلت شفعته لأنه فرط في الطلب، وإن كان في يد المشتري فإن شـــاء طلب من المشتري وإن شاء عند المبيع، ولا يطلب من البائع لأنـــه خـــرج مـــن أن يكون خصماً لزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الأجنبي هذا إذا كان قادرا علـــى الطلب من المشتري أو البائع أو عند المبيع[4].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص118.

(2) المرجع السابق، ج4، ص118.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص359.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص118-119؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص359.

والإشهاد على طلب التقرير ليس شرط لصحته وإنما هو لتوثيقه على تقرير الإنكار كما في طلب المواثبة وتسمية المبيع وتحديده ليست بشرط لصحة الطلب والإشهاد في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه شرط، لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم والعقار لا يصير معلوما إلا بالتحديد فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه[1].

أما ألفاظ الطلب فيقول الكاساني: أن لو أتى بأي لفظ يدل على الطلب يكفي ذلك كأن يقول: ادعيت الشُّفْعَة أو سألت الشُّفْعَة ونحو ذلك مما يدل على الطلب لأن الحاجة إلى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه، سواء أكان بلفظ الطلب أم بغير، ومن صور هذا الطلب أن يقول الشفيع: أن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشُّفْعَة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك[2].

2.2.2.4 حكم طلب التقرير والإشهاد

أما حكم هذا الطلب عند الحنفية فهو استقرار الحق، فالشفيع إذا أتى بطلبين صحيحين (طلب المواثبة وطلب التقرير) استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة أمام القاضي بالأخذ بالشُّفْعَة أبداً حتى يسقطها بلسانه، وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى قال: إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته، ولم يؤقت فيه وقتاً، وروي عنه أنه قدره بما يراه القاضي. دليلهم: إن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطاله ولم يوجد لان تاخير المطالبة منه لا يكون إبطالاً ولم يوجد لأن تأخير المطالبة فيه لا يكون إبطالاً كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون[3].

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص359؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص365.
(2) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص119.
(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص19.

وقال محمد وزفر، ورواية عن أبي يوسف، إذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته[1]، دليلهم: أن حق الشُّفْعَة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الإنسان على وجه يتضمن الإضرار بغيره، وفي إبقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً إضرار بالمشتري، لأنه لا يبني ولا يغرس خوفاً من النقص والقلع فيتضرر به، فلا بد من التقرير بزمان، وقدر بالشهر لأنه أدنى الآجال، فإذا قضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فتطل شفعته[2].

3.2.4 طلب الخصومة والتملك "دعوى الشُّفْعَة"

1.3.2.4 تعريف الدعوى:

الدعوى لغة: من دعا فالدعاء الاستعانة وقد تعني العبادة ودعاه إلى الأمير ساقه وادعيت الشيء: زعمته لي حقاً كان أو باطلاً[3].

الدعوى اصطلاحاً: قولٌ مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو ممن يمثله أو حمايته[4].

وهذا الطلب يقوم به الشفيع إذا نازعه المشتري في المشفوع فيه، أو نازعه البائع إن كان المبيع في يده، ويتحقق هذا الطلب برفع الأمر من قبل الشفيع إلى القضاء، فيقيم دعوى الشُّفْعَة على المشتري ويدخل البائع في الخصومة إذا كان المبيع بيده[5].

---

(1) العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص365؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص119.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص119.

(3) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج14، 318، 323.

(4) ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى من الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط3، دار النفائس، عمان، 2005م، ص83.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص363.

فالمدعى عليه عند الحنفية[1] بعد تسليم المبيع للمشتري، هو المشتري، أما قبل التسليم فترفع الدعوى على البائع والمشتري سوياً.

أما المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] فالمدعى عليه هو المشتري مطلقاً.

2.3.2.4 وقت إقامة هذه الدعوى

فهو متروك إلى رأي الشفيع على رأي أبي حنيفة، ولا يسقط بالتأخير، لأن الحق قد استقر وتأخير المطالبة بالحق لا تسقطه، في حين يرى محمد بن الحسن وزفر وجوب رفع الدعوى خلال شهر من وقت طلب التقرير وعند أبي يوسف ة يجب رفع الدعوى بعد طلب التقرير في أول مجلس للقضاء، أي في أول فرصة يمكن رفع الدعوى فيها وللقاضي النظر فيها[5].

أما عند المالكية[6] فالمدة التي يسوغ فيها للشفيع أن يتقدم فيها بالدعوى، فهي نفس المدة التي وردت عنهم في الطلب إذ لم يفرقوا بين الطلب أمام القاضي أو الطلب المتقدم على ذلك في المدة الزمنية طالما أنه ليس هناك إعراض أو عزوف عن الشُّفْعَة.

كذلك الشافعية[7] فمنهجهم في تحديد مدة الدعوى، نفس منهجهم في الطلب المتقدم على الدعوى، والذي رأوا فيه أن لا يتأخر الطلب أكثر من ثلاثة أيام إلا لعذر.

أما الحنابلة[8] فيرون الفورية حتى في رفع الدعوى بعد الفراغ من الطلب فهي عندهم مسألة متصلة بالطلب غير منفصلة عنه.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص333؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص375.

(2) عليش، منح الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص146.

(3) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ح4، ص179.

(4) البهوتي، كشاف القناع (مرجع سابق)، ج5، ص1951.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص363.

(6) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص214؛ ابن أنس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص404.

(7) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ح4، ص188.

(8) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص473؛ المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص245.

3.3.2.4 إحضار الشفيع للثمن عند رفع الدعوى

ذهب الحنفية[1] إلى عدم اشتراط ذلك لا يشترط ذلك في حين اشترط المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إحضار الشفيع للثمن عند رفع دعواه ويمهل ثلاثة أيام لإحضاره وإلا سقطت دعواه.

4.3.2.4 الاختلاف في قدر الثمن بين الشفيع والمشتري

إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن الذي اشترى به الشقص، فلو قال المشتري اشتريته بمائة دينار وقال الشفيع لا بل بثمانين، ولم يكن لواحد منهما بينه، فهل القول قول المشتري بيمينه، أم القول قول الشفيع دون المشتري؟ للفقهاء مساران في ذلك:

المسار الأول: القول قول المشتري مع يمينه وهو ما قال به جمهور الفقهاء (الحنفية[5]، الشافعية[6]، الحنابلة[7]، والشيعة الإمامية[8]، والأباضية[9]، والزيدية[10]).

أصحاب مالك اختلفوا في هذه المسألة: فقال ابن القاسم: القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه[11] باليمين، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول المشتري.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص333؛ العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص375.

(2) القرافي، الذخيرة (مرجع سابق)، ج7، ص356.

(3) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ح4، ص168.

(4) ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص57.

(5) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص334-335؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص367؛ العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص385-386.

(6) الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص469؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ح4، ص189.

(7) ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص225؛ ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص59؛ المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص287.

(8) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص267.

(9) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص397.

(10) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص42.

(11) "إذا أتى بما يشبه" بمعنى إن جاء كل منهما بالمعقول من الثمن للعقار المبيع؛ انظر العقاد، الشُّفْعَة في قانون المعاملات المدنية (مرجع سابق)، ص165.

وقال أشهب: إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين، وفيما لا يشبه باليمين[1].

واستدل الجمهور على ذلك بأن المشتري هو العاقد، فهو أعرف بالثمن فاعتبر قوله؛ ولأن الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير يمينه[2].

المسار الثاني: أن القول قول الشفيع وهو قول بعض التابعين، لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشُّفْعَة، وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به[3].

واستدلوا على ذلك: أن الشفيع غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب، والمتلف، والضامن لنصيب شريكه إذا أعتق[4].

ورد على هذا الاستدلال: بأن الشفيع ليس بغارم؛ لأنه لا شيء عليه، وإنما يريد أن يملك الشقص ثمنه، بخلاف الغاصب والمتلف فإن الغرم في حقهما ظاهر[5].

فأما إن كان للشفيع بيِّنة حكم بها، وكذلك إن كان للمشتري بيِّنة حكم بها واستغنى عن يمينه، أما إن أقام كل واحد بيِّنة على ما ادعاه، فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: تتساقط البينتان لتعارضهما؛ لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بيِّنة لهما. ذهب إلى هذا: الإمام أحمد[6]، والشافعي على الصحيح من مذهبه[7].

وحجتهم: أن البينتين متساويتان في الحجية، وكل منهما تتعارض مع الأخرى، ولا مرجح لأحدهما على الأخرى ليعمل بها، فألغيتا معاً دفعاً للتحكم[8].

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص217.
(2) الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص469.
(3) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص217.
(4) المرجع السابق، ج5، ص217.
(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص514.
(6) المرجع السابق، ج5، ص515.
(7) الماراني، تكملة المجموع شرح المهذب (مرجع سابق)، ج15، ص709.
(8) المرجع السابق، ج15، ص709.

الاتجاه الثاني: تقدم بيِّنة المشتري على بيِّنة الشفيع ذهب إلى هذا أبو يوسف من الحنفية[1]، وأشهب من المالكية[2] والشيعة الإمامية[3] واحتجوا بأن المشتري مثبتة للزيادة، وبيِّنة الشفيع نافية لها فتقدم بيِّنة المشتري على بيِّنة الشفيع لأن المثبت مقدم على النافي[4].

الاتجاه الثالث: تقدم بيِّنة الشفيع على بيِّنة المشتري وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن واستدلوا على ذلك: بأن بيِّنة الشفيع تحقق المقصود، وهو الإلزام فاعتبارها يجعل المشتري ملزماً بتسليم المشفوع فيه إلى الشفيع بالثمن الذي ادعاه، رضي المشتري أم لم يرض، أما اعتبار بيِّنة المشتري فلا يحقق المقصود في شيء، لأن الشفيع بعدها لا يزال مخيراً بين أن يأخذ بما ادعاه المشتري، أو يترك الأخذ بالشُّفْعَة ولذلك قدمت بيِّنة الشفيع على بيِّنة المشتري[5].

وإن وقع الاختلاف بينهما في جنس الثمن بأن قال المشتري اشتريت بمائة دينار، وقال الشفيع لا بل بألف درهم. فالقول قول المشتري؛ لأن الشفيع يدعى عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر، فكان القول قول المنكر مع يمينه، ولأن المشتري أعرف بجنس الثمن من الشفيع لأن الشراء وجد منه لا من الشفيع فكان أعرف به من الشفيع فيرجع في معرفة الجنس إليه[6].

الاتجاه المختار

لعل الاتجاه الثاني الذي يقضي بتقديم بيِّنة المشتري على بيِّنة الشفيع هو الاتجاه المختار وذلك لقوة دليله.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص137.
(2) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص655.
(3) الحلّي، شرائع الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص267.
(4) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص138.
(5) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص137.
(6) المرجع السابق، ج4، ص137.

3.4 إجراءات الأخذ بالشُّفْعَة وفق أحكام القانون المدني الأردني

1.3.4 الشُّفْعَة بالتراضي

تتم الشُّفْعَة بالتراضي متى سلّم المشتري للشفيع بالأخذ بالشُّفْعَة، ويشترط أن يتم هذا التسليم بعد تسجيل البيع، لأن المشتري لا يعدّ مالكاً قبل التسجيل، حيث إن التسجيل هو الذي يمكّن المشتري من نقل الملكية إلى الشفيع[1].

وقد نصت المادة رقم (1148) من القانون المدني الأردني "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به...." [2].

ويترتب على التسجيل تحمل الشفيع ما التزم به المشتري بسبب البيع، فيقوم بدفع الثمن له إذا كان المشتري قد أداه للبائع، كما ويرد له مصروفات البيع سواء كانت رسمية "رسوم التسجيل" أو غير رسمية "بدل السمسرة"[3].

ويجوز للشفيع أن يلجأ للقضاء على الرغم من موافقة المشتري له في تملك المشفوع به بالتراضي وبعدم منازعته في ذلك، أي أنه يمكن للشفيع اللجوء إلى القضاء حتى ولو وافق المشتري له بأن يتملك العقار رضاءً[4]، وفي هذه الحالة لا يحكم للمدعي بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة؛ لأن رضا المشتري وتسليمه للشفيع بالأخذ بالشُّفْعَة قد تم قبل رفع الدعوى، أما في حالة تسليم المشتري بحق الشفيع وعدم منازعته في تملك المشفوع فيه أثناء المحكمة فإنه يحكم للمدعي "الشفيع" بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة حيث جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية "أن قول وكيل المدّعي عليه أثناء المحاكمة البدائية أن موكله لا ينازع الشفيع في تملك المشفوع به بالتراضي، فإن ذلك لا يغير من الوضع شيئاً فيما يتعلق باستحقاق المدعي للرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة، إذ إن عدم المنازعة التي

---

(1) الجندي، محمد، الشُّفْعَة في القانون المدني الأردني، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الثالثة، سنة 1985م، ص194.

(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(3) الجندي، محمد، الشُّفْعَة في القانون المدني الأردني (مرجع سابق)، ص194.

(4) سوار، الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ج2، ص189.

تمنع من الحكم للمدعي بذلك هي التي تصدر من المدعى عليه قبل إقامة الدعوى وليس أثناء النظر فيها[1].

2.3.4 الشُّفْعَة بالتقاضي

حدد القانون المدني الأردني إجراءات معينة على الشفيع إتباعها ليحل محل المشتري في تملك العقار المبيع، وإذا لم يتم الشفيع بإتباع هذه الإجراءات فإن حقه في الشُّفْعَة يسقط.

1.2.3.4 مواعيد رفع الدعوى وقيدها

تم تعديل المادة رقم 1162 من القانون المدني الأردني[2] التي تنص على:"1على من يريد الأخذ بالشُّفْعَة أن يرفع الدعوى في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بتسجيل البيع وإذا أخرها بدون عذر شرعي سقط حقه في الشُّفْعَة. 2- على أنه لا تسمع دعوى الشُّفْعَة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التسجيل".

بموجب المادة رقم 2 فقرة 1 من القانون المعدل[3] التي تنص على ما يلي: "ب- على من يريد الأخذ بحق الأولوية أو الشُّفْعَة أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بتسجيل عقد الفراغ أو البيع وإذا تأخر في رفعها بدون عذر شرعي يسقط حقه في الأولوية أو الشُّفْعَة. جـ- وفي جميع الأحوال لا تسمع دعوى الأولوية أو الشُّفْعَة بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الفراغ القطعي أو تسجيل البيع في سجلات دوائر تسجيل الأراضي".

حدد المشرع الأردني في المادة 2 من القانون المعدل[4] مدة رفع الدعوى وذلك بأن ترفع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بتسجيل عقد الفراغ أو البيع وإذا تأخر في رفعها بدون عذر شرعي سقط حقه في الشُّفْعَة، ولا بد هنا من إيضاح

---

(1) تمييز، حقوق، رقم 75/262 سنة 1976، ص160، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.
(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
(3) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.
(4) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.

المقصود بالعلم، فهو العلم اليقيني بوقوع البيع وبأسماء المشترين وبمقدار الثمن وذلك حتى يتمكن الشفيع من تقرير رغبته في أخذ العقار بالشُّفْعَة أم لا، فإذا علم الشفيع علماً يقينياً بالبيع ومقدار ثمنه والمشتري، فيتوجب عليه رفع دعواه للمطالبة بالشُّفْعَة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه، وإلا سقط حقه فيها.

وجاء في قرار محكمة التمييز الأردنية أنه "يترتب أن يكون الشفيع عالماً باسم المشتري والثمن حتى تبدأ مدة الخصومة"[(1)].

أما عن إثبات علم الشفيع فيقع على عاتق المشتري، وهو جائز بكل طرق الإثبات على اعتبار بأن العلم واقعة مادية، قد ورد في قرار محكمة التمييز الأردنية "أنه واجب إثبات بأن الشفيع قد علم بالبيع بعد وقوعه بأسبوع يقع على عاتق المدعى عليه بالشُّفْعَة لا على عاتق المدعي"[(2)].

وفي حالة عدم علم الشفيع بعملية البيع فإنه يحق له وخلال ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الفراغ القطعي أو تسجيل البيع في سجلات دوائر تسجيل الأراضي إقامة الدعوى، وإلا فإن حقه بالمطالبة بالشُّفْعَة يسقط نهائياً. وهذا واضح في نص المادة رقم (2) فقرة (ب) من قانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة[(3)].

2.2.3.4 إيداع الثمن لدى صندوق المحكمة عند رفع الدعوى

نصت الفقرة الثانية من المادة رقم 1163 من القانون المدني الأردني[(4)] على أنه "وتفصل في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع، ولها أن تمهل الشفيع شهران لدفع ما تطلب منه دفعه وإلا بطلت الشُّفْعَة".

كما نصت المادة رقم (2/1/هـ) من القانون المعدل[(5)] "على مدعي الشُّفْعَة أو الأولوية عند تقديم دعواه أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع

---

(1) تمييز، حقوق، رقم 78/75، سنة 1978، ص980، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

(2) تمييز، حقوق، رقم 77/258، سنة 1977، ص1293، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

(3) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.

(4) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(5) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.

أو أن يقدم كفالة مصرفية بمقداره، وفي حالة الإدعاء بأن الثمن المذكور في العقد يزيد عن الثمن الحقيقي أو بدل المثل، فعلى المحكمة تقدير المبلغ الواجب إيداعه أو تقديم كفالة على أن لا يؤثر ذلك في حقه في استرداد ما زاد عن الثمن الحقيقي أو بدل المثل المقدر".

أما الفقرة الثانية من المادة نفسها فنصت على أنه "إذا تبين نتيجة الحكم أن الثمن أو بدل المثل الواجب دفعه يزيد على المبلغ المودع في صندوق المحكمة أو المقدم به كفالة، فعلى المدعي أن يدفع الزيادة خلال شهرين من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وإلا سقط حقه في تنفيذ الحكم".

ومن النصوص السابقة يتضح، أنه لا بد على الشفيع أن يودع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع كاملاً إلى صندوق المحكمة التي يقع في دائرتها العقار وذلك عند تقديم الدعوى وإلا سقط حقه في الأخذ بالشُّفْعَة ويفترض في الثمن هنا أن يكون الثمن الحقيقي الذي قبل به المشتري، وإذا تبين أن الثمن المسجل صورياً فللشفيع أن يثبت الصورية (كأن يكون الثمن الحقيقي أقل من الثمن المذكور بالعقد) بكافة طرق الإثبات هذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز الأردنية حيث ورد في أحد قراراتها "بأن إدعاء المشتري بصورية الثمن الوارد في عقد البيع المسجل هو إدعاء غير مسموع لتناقضه مع الإقرار المثبت في عقد البيع الرسمي"[1].

كما يجوز للشفيع بدلاً من إيداعه الثمن نقداً تقديم كفالة مصرفية بقيمة العقار المشفوع، وللمحكمة سلطة تقديرية في أن تمهل الشفيع شهرين لدفع ذلك المبلغ أو تقديم الكفالة، ولا تسمع دعوى الشُّفْعَة في حالة عدم إيداع المبلغ مما يؤدي إلى سقوط حق الشفيع في المطالبة بالشُّفْعَة، كما ويلتزم الشفيع إضافة للثمن بإيداع النفقات التي تكبدها المشتري للحصول على العقار، فقد نصت المادة رقم 1150 من القانون المدني الأردني على أن "الشُّفْعَة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري كما قام عليه من الثمن والنفقات"[2].

---

(1) تمييز، حقوق، رقم 87/883، سنة 1990، ص955، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

والمقصود بالنفقات التي تجب أن يقوم الشفيع بإيداعها مع الثمن هي رسوم التسجيل والطوابع والسمسرة القانونية التي دفعت لسمسار مرخص. أما نفقات المخططات المدفوعة فإنها لا تعتبر في سبيل الحصول على المبيع وبالتالي لا يتوجب إيداعها[1].

3.2.3.4 على من ترفع دعوى الشفعة وما هي المحكمة المختصة بالنظر فيها

نصت المادة رقم 1163 فقرة (1) من القانون المدني الأردني[2] "ترفع دعوى الشُّفْعَة على المشتري لدى المحكمة المختصة".

ونصت المادة رقم 2 فقرة 1 من القانون المعدل[3] "تختص محكمة البداية دون غيرها بدعوى الأولوية والشُّفْعَة مهما كانت قيمتها".

والمحكمة المنظورة أمامها دعوى الشُّفْعَة عليها أن توجه يمين الشُّفْعَة[4] إلى الشفيع بعد أن يثبت دعواه وبعد الانتهاء من سماع مرافعات الطرفين فإنه يجب على المدعي (الشفيع) أن يحلف يمين الشُّفْعَة وتحليف يمين الشُّفْعَة من واجبات المحكمة[5].

---

(1) تمييز، حقوق، رقم 80/164، سنة 1981، ص88، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(3) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.

(4) يمين الشُّفْعَة هي التي يتم توجيهها من المحكمة، وليس لأحد الخصوم الحق في توجيهها، ولا يستطيع أن يردها على الخصم، وتقوم المحكمة بتوجيهها من تلقاء نفسها ولو لم يطلبها الخصوم، وقد نصت المادة (54) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1951 على توجيه اليمين القانونية، حيث جاء فيها "لا يحلف من وجهت إليه اليمين إلا بطلب خصمه وبعد صدور قرار المحكمة بذلك ولكن تحلفه المحكمة يمين الاستظهار وعند الاستحقاق ورد المبيع لعيب فيه، وعند الحكم بالشُّفْعَة ولو لم يطلب الخصم تحليفه". من ذلك يتضح أن يمين الشُّفْعَة تختلف عن اليمين الحاسمة. فاليمين الحاسمة هي: يمين لا توجه إلا من الخصم ولا يصح توجيهها من المحكمة، ولا توجه إلا إذا كان لا دليل غيرها لدى من وجهها ويمكن للخصم أن يردها. أما يمين الشُّفْعَة فهي توجه من المحكمة من تلقاء ذاتها ولا يصح توجيهها من الخصم ولا يصح توجيهها عند انعدام الدليل، ولا يمكن للخصم الذي يريد القاضي تحليفه اليمين أن يردها على خصمه، انظر، القدومي، الشُّفْعَة في القانون المدني الأردني (مرجع سابق)، ص40-41.

(5) تمييز، حقوق، رقم 78/62، سنة 1978، ص735، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

وجاء في المادة رقم 1746 من مجلة الأحكام العدلية[1] "على القاضي تحليف الشفيع عن الحكم بالشُّفْعَة بأنه لم يبطل شفعته، يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه".

من ذلك نستطيع أن نتبين الغرض من توجيه اليمين، وهو بيان أن الشفيع لم يسقط حق شفعته، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية حيث جاء في أحد قراراتها بأن "تحليف الشفيع يمين الشُّفْعَة هو واجب على المحكمة ولو لم يطلب الخصم ذلك"[2].

(1) الأتاسي، مجلة الأحكام العدلية وشرحها، مرجع سابق، ج5، ص409.

(2) تمييز، حقوق، رقم 84/533 سنة 1984، ص1748، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

نموذج لائحة دعوى الشُّفْعَة[1]

.... في / / 2006

لدى محكمة بداية حقوق الموقرة

المدعي:...................... /وكيله المحامي:.................

المدعى عليه:..

قيمة الدعوى: (50000) خمسون ألف دينار.

موضوع الدعوى: المطالبة بفسخ عقد بيع عقار وطلب تمليك بالشُّفْعَة.

الوقائع:

1- يملك المدعي قطعة الأرض رقم ( ) حوض رقم ( ) من أراضي مدينة ( ).

2- بتاريخ / / 2006 قام (اسم البائع) ببيع قطعة الأرض رقم ( ) الواقعة في الحوض ( ) من أراضي مدينة ( ) إلى المدعى عليه بموجب عقد البيع رقم لقاء مبلغ وقدره خمسون ألف دينار.

3- إن قطعة الأرض التي بيعت ملاصقة لقطعة أرض المدعي رقم ( ) ومن حق المدعي تملك هذه القطعة بالثمن الذي قام على المدعى عليه والنفقات.

4- يقدم المدعي مع لائحة الدعوى كفالة بنكية بمبلغ يزيد عن الثمن المذكور في عقد البيع والنفقات المذكورة به.

5- محكمتكم الموقرة مختصة مكانياً ووظيفياً لرؤية هذه الدعوى.

الطلب:

1- دعوة المدعى عليه للمحاكمة وتعيين موعد جلسة محاكمة.

2- بعد المحاكمة والثبوت الحكم بفسخ عقد البيع رقم ( ) الموصوف أعلاه وتمليك المدعي قطعة الأرض رقم ( ) من أراضي مدينة ( ) بالثمن الذي قام على المدعى عليه والنفقات مع تضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

مع الاحترام **وكيل المدعي المحامي**

---

(1) القدومي، الشفعة في القانون المدني الأردني (مرجع سابق)، ص42.

4.4 الآثار المترتبة على حق التملك بالشفعة في الفقه الإسلامي.

1.4.4 أثر الشُّفْعَة على العلاقة بين الشفيع والمشتري

1. إن القضاء للشفيع ينقض العقد بالنسبة إلى المشتري، ويجعل الإيجاب الصادر له من البائع كأنه موجه إلى الشفيع، وكأن الشفيع قد قبله، وبذلك يعتبر الشفيع في هذه الحالة مشترياً من البائع، وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشترياً للعقار المشفوع فيه، إما من مشتريه إن تسلمه منه، وإما من بائعه إن تسلمه منه؛ أي أن الأخذ بالشُّفْعَة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعقد القبض، وإن كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة إليه[1].

ولذلك يثبت له من الخيار ما يثبت للمشتري دون خيار الشرط؛ لأنه يتنافى مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشُّفْعَة، ثم لا يتقيد بما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقسيمه أو بخيار فسخ ونحوه؛ لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر، فإن وجد بالمبيع عيباً رده بخيار العيب على من تسلمه منه من بائع أو مشتر، وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه فيرده بخيار الرؤية إذا أراد على من تسلمه منه[2].

2. أن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بمثل ما تملكه المشتري، إن كان البدل مثلياً، وبقيمته إن كان قيمته، والمعتبر قيمته وقت عقد البيع، فإذا زادت قيمته أو نقصت بعد ذلك ولو حين قيام الشفيع بأدائها لم يلتفت إلى شيء من ذلك، وجب على الشفيع أن يدفع قيمته التي كانت له عند الشراء[3]، ويضاف إلى ذلك جميع النفقات الضرورية التي أنفقها المشتري في إتمام صفقة البيع كأجرة الدلالة[4].

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص334؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص381.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص365؛ الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص467.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص369؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص635؛ الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص455؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص301؛ ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص224؛ البهوتي، كشاف القناع (مرجع سابق)، ج5، ص1947؛ إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص397؛ الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص259.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)، ج5، ص215.

1.1.4.4 تغيير الثمن بعد العقد

الثمن بعد تمام العقد يكون عرضة للحط منه والزيادة عليه أو هبته أو الإبراء منه من قبل البائع فهل يظهر ذلك في حق الشفيع؟.

أولاً: الحط من الثمن

إذا حط البائع شيئاً من الثمن بعد تمام العقد مع المشتري انتفع الشفيع بذلك الحط، فيأخذ المبيع بالباقي من الثمن بعد الحط(1).

وعلة ذلك: أن الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشتري أو بقيمته، وأن الحط من الثمن يلتحق بأصل عقد البيع(2).

ثانياً: هبة بعض الثمن أو الإبراء منه

فإذا وهب البائع أو أبرأ شيئاً من الثمن عن المشتري استفاد بذلك الشفيع؛ لأن هبة بعض الثمن أو الإبراء منه كالحط في المعنى والنتيجة(3).

ثالثاً: حط الثمن جميعه أو هبته أو الإبراء منه

ولكن إذا حط البائع كل الثمن أو وهبه للمشتري أو أبرأه منه لم يظهر ذلك في حق الشفيع؛ لأن الشفيع لا يتملك بالمجان، ولأن ذلك لا يلتحق بأصل العقد(4)؛ لأنه إن التحق به كان البيع بلا ثمن ولا بيع بغير ثمن، وإنما يكون هبة ولا تثبت بها الشُّفْعَة وعندئذ يتملك الشفيع العقار فيه بالثمن المتفق عليه مثلاً أو قيمته إن كان

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص369؛ ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص411؛ الرملي، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، ج5، ص205؛ البهوتي، كشاف القناع (مرجع سابق)، ج5، ص1949؛ ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص224؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص38.

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص336.

(3) العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص392؛ الآبي، جواهر الإكليل (مرجع سابق)، ج2، ص163؛ الرملي، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، ج5، ص205؛ البهوتي، كشاف القناع (مرجع سابق)، ج5، ص1949؛ الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص183؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص38.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص368؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص392؛ ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص411؛ الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص258؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص38.

التنازل عن بعد أدائه إلى البائع، وبقيمة العقار المبيع إن كان التنازل عن قبل أدائه[1].

رابعاً: الزيادة في الثمن

وأما إذا زاد المشتري في الثمن بعد تمام العقد فلا تظهر هذه الزيادة في حق الشفيع، فإذا بيعت دار بألف، ثم زاد المشتري مائه في ثمنها بعد تمام العقد لم تلزم الشفيع، وأخذ الدار بالألف؛ لأن حقه في أخذها بالألف قد ثبت له بتمام البيع بهذا الثمن، فلا يستطيع أحد إبطال هذا الحق بعد ثبوته، حتى لا يلحق به ضرر[2].

3- حالة نماء المشفوع فيه وزيادته

فقد يحدث نمواً طبيعياً في العقار المشفوع فيه وقد يحدث المشتري فيه زيادة بالبناء أو الغرس قبل الحكم بالشُّفْعَة لصاحبها، فمن هو الأحق بذلك، الشفيع أم المشتري؟

أ- النماء الطبيعي:

إذا نما المبيع في يد المشتري، كأن أثمر الشجر في يده بعد الشراء فلمن هذا الثمر هل هو للشفيع أم للمشتري؟

قال الحنفية[3]: القياس ألا يكون للشفيع، لأنه نما على ملك المشتري وبعمله، والاستحسان أنه للشفيع، لأن الثمر متصل خلقه بالشجر، فكان تبعاً له؛ ولأنه متولد من المبيع، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل (الشجر) الحادث قبل الأخذ، كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض، فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص336؛ الرملي، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، ج5، ص205؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص173؛ البهوتي، كشاف القناع (مرجع سابق)، ج5، ص1949؛ إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص405.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص368؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص336؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص393؛ ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص411؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص173؛ ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص224؛ إطفيش، شرح النيل (مرجع سابق)، ج11، ص408؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص38؛ الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص258.

(3) العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص413.

وقال المالكية[1]: الغلة قبل الشُّفْعَة للمشتري، لأن الضمان عليه، والغلة (أو الخراج بالضمان)[2].

وقال الشافعية[3] والحنابلة[4] والشيعة الإمامية[5] والزيدية[6] للنماء حالتان:

أ- إذا كان نماء متصلاً، كالثمرة غير الظاهرة، والشجر إذا تكاثر، فهو للشفيع، يأخذ المبيع مع زيادته، لأن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك، كما يتبعه في حالة الرد بالعيب أو الخيار أو الإقالة.

ب- وإذا كان نماءً منفصلاً، كالثمرة الظاهرة، والطلع المؤبر، والغلة والأجرة، فهي للمشتري لا حق لشفيع فيها عند الحنابلة[7]، وفي المذهب الجديد للشافعي[8]، لأنها حدثت في ملك المشتري، فلا تتبع المبيع، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد، ولا يستحق شيء بغير تراض.

ب- الزيادة المحدثة

إذا أحدث المشتري زيادة في المبيع، بالبناء أو الغرس أو الزرع.

أ- ففي حالة الزرع الذي له نهاية معلومة

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)، ج5، ص241.

(2) "الخراج" الحاصل من الشيء إذا كان منفصلاً عنه غير متولد منه، كسكنى دار "بالضمان" أي بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خرجه، فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه. انظر، الزرقا، شرح القواعد الفقهية (مرجع سابق)، ص429.

(3) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوا والشيخ عادل عبدالموجود، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م، ج7، ص269.

(4) ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص61؛ الحجاوي، شرف الدين موسى بن احمد، الإقناع لطالب الانتفاع، ط3، السعودية، دار الملك عبدالعزيز، 2002م، ج2، ص622؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص502-503.

(5) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص261.

(6) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص28-29.

(7) ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص220.

(8) الماوردي، الحاوي الكبير (مرجع سابق)، ج7، ص269.

أن للشفيع الأخذ بالشُّفْعَة، ويكون الزرع للمشتري على أن يبقى في الأرض إلى أوان الحصاد، وعليه الأجرة عند الحنفية[1] وقول للأباضية[2] والزيدية[3] عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشُّفْعَة وبين الحصاد.

وقال الشافعية[4] والحنابلة[5] والقول الثاني للأباضية[6]: يبقى الزرع بلا أجرة على المشتري؛ لأنه زرعه في ملكه.

ب- وأما في حالة البناء والغرس، فللشفيع الأخذ بالشُّفْعَة أيضاً لكن الفقهاء اختلفوا فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء والغرس.

فقال الحنفية في ظاهر الرواية[7]: إذا بنى المشتري أو غرس فيما اشتراه، ثم قضى للشفيع بالشُّفْعَة، كان للشفيع الخيار: إن شاء كلف المشتري بالقلع وتخلية الأرض مما أحدث فيها، لأنه وضعه في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير إذن، وتكون الأنقاض للمشتري، لا للشفيع، لزوال التبعية بالانفصال وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً أي مستحق القلع أنقاضاً.

---

(1) العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص412.

(2) إطفيش، شرح النيل (مرجع سابق)، ج11، ص466.

(3) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص28.

(4) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص176-178؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص304.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص504؛ المرداوي، الانصاف (مرجع سابق)، ج6، ص675؛ الحجاوي، الإقناع (مرجع سابق)، ج2، ص622؛ البهوتي، كشاف القناع (مرجع سابق)، ج5، ص1945.

(6) إطفيش، شرح النيل (مرجع سابق)، ج11، ص466.

(7) العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص402؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص373.

وقال الجمهور (أبو يوسف[1]، والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]، والشيعة الإمامية[5] والزيدية[6]) إن اختار المشتري قلع الغراس والبناء، لم يمنع إذا لم يكن فيه ضرر إذ لا ضرر ولا ضرار لأنه ملكه، فيملك إزالته ونقله، ولا يلزمه تسوية الأرض، لأنه غير متعد. وإن لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ترك الشُّفْعَة، وبين دفع قيمة البناء والغراس مستحق البقاء.

والسبب في اختلاف الرأيين: تردد وتصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشُّفْعَة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق عندما بُني في الأرض أو غرس فمن غلب على فعله شبه الاستحقاق، قرر أنه لا بد للمشتري من أن يأخذ القيمة. ومن غلب على فعله شبه التعدي قال للشفيع أن يعطي قيمة البناء والغرس منقوصاً[7].

نقص المشفوع فيه

هناك مساران في هذا الموضوع:

المسار الأول: قال الحنفية[8]: قد يكون النقص جزءا من توابع الأرض، أو متصلاً بالأرض، أو بعضاً من الأرض نفسها.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص340؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص372.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص216؛ الآبي، جواهر الإكليل (مرجع سابق)، ج2، ص163.

(3) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص304.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص500؛ البهوتي، كشاف القناع (مرجع سابق)، ج5، ص1946؛ الحجاوي، الإقناع (مرجع سابق)، ج2، ص622؛ ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص221؛ المرداوي، الانصاف (مرجع سابق)، ج6، ص276؛ ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص60.

(5) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص260.

(6) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص28.

(7) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص217.

(8) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص133-137؛ العيني، اللباب شرح الكتاب (مرجع سابق)، ج1، 119؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص405-410.

أ- فإن كان النقص جزءا من توابع الأرض، مثل قطف الثمر، وهلاك الآلات الزراعية أو الصناعية، ثم حكم بالشُّفْعَة للشفيع، سقط من الثمن قيمة هذه الثمار والآلات، سواء أكان النقص بفعل المشتري، لأنها مقصودة بالبيع، وقد أخذها المشتري، أم كان الهلاك بآفة سماوية؛ لأنها كانت بعض المعقود عليه، ودخلت في البيع مقصودة فيقابلها حصتها من الثمن[1].

ب- وإن كان النقص جزءاً متصلاً بالأرض، مثل يبس الشجر أو جفافه، وانهدام البناء، واحتراقه، ونقصه، ثم قضى للشفيع بالشُّفْعَة فإن كان ذلك يضيع المشتري أو غيره، نقص من الثمن قيمة ما زال، كالحالة الأولى، فتقوم الأرض بدون شجر وبناء، وتقوم وفيها البناء والشجر، ويسقط عن الشفيع مقدار التفاوت أو الفرق بينهما، لوجود التعدي والإتلاف، فيقابله شيء من الثمن، وتكون الأنقاض حينئذ للمشتري، أما إن حدث ذلك بلا تعد من أحد، وإنما بآفة سماوية، كزلزال أو صقيع أو ريح عاتية، كان على الشفيع دفع الثمن كله، ولا يسقط منه شيء مقابل الجزء التالف أو الضائع؛ لأن النقص ليس بجناية أحد، ولأن الشجر والبناء تابعان للأرض، حتى أنهما يدخلان في عقد البيع بدون ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن، لأن الأصل أن الثمن يقابل الأصل لا الوصف، وأما حصر الأنقاض من أحجار وأخشاب، فإن لم يبق منها شيء فلا إشكال، وإن بقي منها شيء وأخذه المشتري لانفصاله من الأرض وعدم تبعيته لها سقطت حصته من الثمن بقيمته يوم الأخذ، وأما الدار فتقوم يوم العقد، ويوزع الثمن بين الدار والأنقاض بحسب قيمتها، وإن لم يأخذ المشتري الأنقاض، كأن هلكت بعد انفصالها، لم تسقط شيء من الثمن، لعدم حسب الأنقاض من قبله، ولأنها من التوابع، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن، وبالأخذ بالشُّفْعَة تحولت الصفقة إلى الشفيع[2].

---

(1) العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص405-410؛ العيني، اللباب شرح الكتاب (مرجع سابق)، ج1، 119؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص133-137.

(2) العيني، اللباب شرح الكتاب (مرجع سابق)، ج1، 119؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجــع ســابق)، ج4، ص133-137؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص405-410.

ج- وأما إن كان النقص في الأرض نفسها، لا فيما عليها من شيء أو بناء، كأن أغرقها السيل، فأزال بعضها، كان للشفيع الخيار بين ترك الشُّفْعَة، وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن، لأن حقه ثابت في الكل، وقد تمكن من أخذ البعض، فيأخذه بحصته من الثمن، لهلاك بعض الأصل[1].

ومذهب المالكية[2] إجمالا كالحنفية، فإنهم قالوا: لا يضمن المشتري نقص الشقص إذا طرأ عليه سبب سماوي، أو بسبب من المشتري لمصلحة، كأن هدم ليبني أو لأجل توسعة، فإن كان النقص بسبب من المشتري، كأن هدم لا لمصلحة ضمن، فإن هدم وبنى، فللمشتري قيمته يوم البناء على الشفيع قائماً لعدم تعديه. وتحسب للشفيع من الثمن قيمة الأنقاض يوم الشراء، فيحط عنه من الثمن ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائما.

المسار الثاني: وهو قول الشافعية[3] والحنابلة[4] إن تلف الشقص أو بعضه، في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف في يده، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعض المشفوع فيه أخذ الموجود بحصته من الثمن، سواء أكان التلف بفعل الله تعالى، أم بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري لنقضه البناء أو بغير اختياره كانهدام البناء نفسه، والأنقاض إن كانت موجودة أخذها الشفيع مع الأرض بحصتها من الثمن، وإن كانت معدومة أخذ الأرض وما بقي من البناء.

2.4.4 أثر الشُّفْعَة على العلاقة بين الشفيع والبائع

1- قد يتفق البائع مع المشتري على دفع ثمن العقار مقسماً فهل يستطيع الشفيع الاستفادة من الأصل الممنوح للمشتري؟

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص133-137.

(2) الدردير، بلغة السالك لأقرب المسالك (مرجع سابق)، ج3، ص416؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص654-655.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير (مرجع سابق)، ج7، ص269.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص503؛ ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص61.

تم بحث هذه المسألة بالتفصيل في الفصل الثالث المبحث الخامس عند الحديث عن المشفوع فيه[1].

فقال مالك[2] ورواية عن الشافعي[3] وأحمد[4] والأباضية[5] يستفيد الشفيع من ذلك الأصل إذا كان مليئا أو يأتي بضامن مليء.

وقال الحنفية[6] ومشهور مذهب الشافعي[7] والشيعة الإمامية[8] الشفيع مخير بين أن يعجل ويأخذه في الحال أو يصبر حتى ينقضي الأجل.

وقال الثوري والزيدية[9] لا يستفيد الشفيع من الأصل الممنوح للمشتري.

ولعل الرأي المختار هو رأي الحنفية الذي يقضي بالتخيير بين أن يعجل ويأخذ في الحال أو يصبر حتى ينقضي الأجل.

2- في حالة استحقاق المبيع من الشفيع فالأصل أن يعود على المشتري، ولكن ربما دفع الشفيع الثمن للبائع.

اختلف الفقهاء عهدة الشفيع أهي على المشتري أم على البائع. يعني إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا، فعلى من يرجع بالثمن؟

فقال ابن أبي ليلى: العهدة على البائع، لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري.

---

(1) انظر؛ الفصل الثالث، المبحث الخامس، المطلب الثالث، ص93.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)، ج5، ص217؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص637.

(3) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص213.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص507.

(5) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص395.

(6) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص331؛ السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص154.

(7) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص301؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص413.

(8) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص262.

(9) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص23.

وذهب الحنفية[1] إلى أنه إذا قضى للشفيع بالعقار المشفوع فيه فأدى ثمنه ثم استحق المبيع، فإن أداه للمشتري فعليه ضمانه سواء استحق قبل تسليمه إليه أو بعده، وإن كان أداه للبائع واستحق المبيع وهو في يده فعليه ضمان الثمن للشفيع ويرجع الشفيع بالثمن فقط إن بنى أو غرس ثم استحقت الثمن، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لأنه ليس مقررا به.

وذهب المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] والزيدية[5] إلى أنه إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقاً فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وإن وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه، والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الأرش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع فالعهدة عندهم على المشتري. ووجه ذلك عندهم، إن الشُّفْعَة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه، ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول[6].

3.4.4 أثر الشُّفْعَة على علاقة الشفيع بغيره

قد تصدر تصرفات من المشتري في الشيء المشترى قبل أن يقضى للشفيع بالشُّفْعَة وتلك التصرفات إما ناقله للملكية كالبيع والهبة مع التسليم والوقف، وجعل المبيع مهراً في زواج، أو حبس كالإجارة والإعارة، والرهن.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص334؛ العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص381.

(2) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص656؛ ابن انس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص411؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص216.

(3) الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص467.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص534؛ الحجاوي، الإقناع (مرجع سابق)، ج2، ص617؛ ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص230؛ ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص61؛ المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص292.

(5) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص26.

(6) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص656؛ الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص467؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص534.

فقد اتفق الفقهاء[1] على جواز نقض بعض التصرفات الناقلة للملكية وهو البيع، بعد حكم القاضي بالشُّفْعَة لمستحقها، لتعلق حق الغير في المبيع.

كما اتفق الفقهاء[2] أيضا على جواز نقض الرهن والإجارة والإعارة مما لا شفعة فيه ابتداء.

واتفق الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] والزيدية[6] على جواز نقض ما لا شفعة فيه ابتداء، كالوقف وجعله مسجداً أو مقبرة، والهبة له، والوصية به.

وقال الحنابلة[7]: تسقط الشُّفْعَة إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل طلب الشُّفْعَة بهبة أو صدقة، أو وقف على معين كمسجد كذا، أو على الفقراء أو المجاهدين، أو جعله عوضاً عن طلاق أو خلع أو صلح عن دم عمد ونحوه، مما لا شفعة فيه ابتداء؛ لأن في الشُّفْعَة إضرارا بالموقوف عليه، والموهوب له، والمتصدق عليه ونحوه لأن ملكه

---

(1) العيني، البناية في شرح الهداية (مرجع سابق)، ج10، ص470؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص124؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)، ج5، ص246؛ الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص464؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص179؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص415؛ ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص60؛ الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص18؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص31.

(2) السرخسي، المبسوط (مرجع سابق)، ج14، ص109؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص654؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)، ج5، ص241؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص415؛ الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص464؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص179؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص303؛ ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص60؛ البهوتي، كشاف القناع (مرجع سابق)، ج5، ص1941.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص124.

(4) الحطّاب، مواهب الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص391؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص647.

(5) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص415؛ الشيرازي، المهذب (مرجع سابق)، ج3، ص464؛ النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص179؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص303

(6) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص31-32.

(7) ابن مفلح، المبدع (مرجع سابق)، ج5، ص217؛ ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص60؛ المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص268؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص490.

يزول عنه بغير عوض؛ لأن الثمن إنما يأخذه المشتري، والضرر لا يزال بالضرر. ولا يصح عند الحنابلة تصرف المشتري بعد طلب الشفيع الشُّفْعَة، لانتقال الملك إلى الشفيع في الأصح. ولو أوصى المشتري بالشقص المشترى (الحصة المبيعة)، فإن أخذه الشفيع قبل القبول بطلت الوصية، واستقر الأخذ للشفيع، لسبق حقه على حق الموصى له، والوصية قبل القبول بعد الموت جائزة، لا لازمة.

5.4 الآثار المترتبة على حق التملك بالشُّفْعَة وفق أحكام القانون المدني الأردني

تناول القانون المدني الأردني[1] آثار الشُّفْعَة في المواد رقم (1165، 1166، 1167) وقد جاء فيها.

المادة رقم 1165 "1- تملك العقار المشفوع قضاءً أو رضاءً يعتبر شراء جديداً يثبت به خيار الرؤية والعيب للشفيع وإن تنازل المشتري عنهما.

2- ولا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع.

3- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشُّفْعَة فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه من البائع أو المشتري".

المادة رقم 1666 "1- إذا زاد المشتري في العقار المشفوع شيئاً من ماله أو بنى أو غرس فيه أشجاراً قبل دعوى الشُّفْعَة، فالشفيع مخير بين أن يترك الشُّفْعَة وبين أن يتملك العقار بثمنه مع قيمة الزيادة أو ما أحدث من البناء أو الغرس.

2- وأما إذا كانت الزيادة أو البناء أو الغرس بعد الدعوى فللشفيع أن يترك الشُّفْعَة أو أن يطلب الإزالة إن كان لها محل أو الإبقاء مع دفع قيمة الزيادة أو ما أحدث مقلوعاً".

المادة رقم 1167 "1- للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري حتى ولو وقف العقار المشفوع أو جعله محل عباده.

(1) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

2- ولا يسري في حقه أي رهن رسمي أو أي حق امتياز رتبة المشتري أو رتب هذه على العقار المشفوع إذا كان قد تم بعد إقامة دعـوى الشُّـفْعَة وتبقى للدائنين حقوقهم على ثمن العقار".

من خلال قراءة تلك النصوص نجد أن القانون الأردني، اعتبر تملك العقـار المشفوع فيه سواء تم بالتراضي أم بالتقاضي على أنه شراء جديد، وأن هناك آثـاراً للشفعة على العلاقة بين الشفيع والمشتري، وعلى العلاقة بين الشفيع والبائع وكـذلك على العلاقة بين الشفيع والغير وهي كما يأتي:

1.5.4 أثر الشُّفْعَة على العلاقة بين الشفيع والمشتري

1- تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه جبراً عن المشتري يكون ذلك بمثابة شـراء جديد بين الشفيع والمشتري وبالرغم من ذلك، فإنه يثبت للشفيع حق خيـار الرؤية والعيب وإن تنازل المشتري عنهما، وله كل الحق ي أن يقرر أخـذ العقار المشفوع فيه أو رده إذا تبين أن هنالك عيب يشوبه هـذا مـا أكدتـه المادة رقم 1/1165 من القانون المدني الأردني[1].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في معرض شـرحها للمـادة المذكورة أن "الشُّفْعَة في جميع الأحكام كالبيع، فإذا تملك الشفيع العقار المشفوع فيـه كان ذلك بمنزلة الشراء ابتداء إذ إن الأخذ بالشُّفْعَة شراء من المشتري إذا تم الأخـذ بعد القبض، وإن كان قبله شراء من البائع ولذلك فالأحكام التي تثبت، الشراء ابتداءً للبائع أو المشتري كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب والرجوع بالثمن عن الاستحقاق وحبس المبيع لاستيفاء الثمن تثبت للشفيع والمشتري ولا يتثبت للشفيع خيار الشـرط وإن كان مشروطاً في العقد لعدم ثبوت اشتراطه فيه ولا الأجـل فـي الـثمن وإن اشترطه المشتري، وإذا ظهر مستحق للعقار المشفوع فيه بعد أخذه بالشُّفْعَة فللشـفيع أن يسترد ثمن المبيع من البائع أو المشتري، لأنه تبين أن ثمن المبيع أخذ من الشفيع بغير حق[2].

---

(1) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (مرجع سابق)، ج2، ص698.

2- التزام الشفيع برد ما أنفقه المشتري فيدفع له ثمن العقار، على أنه ليس ثمة ما يمنع أن يتم دفع الثمن للبائع بموافقة المشتري متى تمت الشُّفْعَة بالتراضي[1]، أما إذا تمت بالتقاضي " فعلى مدعي الشُّفْعَة أن يودع في صندوق المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع أو يقدم كفالة مصرفية بمقداره وفي حال الادعاء بأن الثمن المذكور في العقد يزيد على الثمن الحقيقي أو بدل المثل فعلى المحكمة تقدير المبلغ الواجب إيداعه أو تقديم الكفالة على أن لا يؤثر ذلك في حقه في استرداد ما زاد عن الثمن الحقيقي أو بدل المثل المقدر" هذا ما نصت عليه المادة رقم 1/2/هـ من قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال المنقولة[2].

كذلك يجب على الشفيع أن يدفع جميع المصروفات التي اقتضاها عقد البيع سواء كانت رسمية (كرسوم تسجيل) أو غيرها (كالسمسرة وأتعاب من حرر العقد)، كذلك يسدد للمشتري ما يغد نفقات ضرورية كنفقات الحفظ والصيانة ونفقات إزالة الأبنية التي أدت إلى زيادة في قيمة الأرض ذاتها[3].

وجاء في قرار محكمة التمييز "إذا قام المدعى عليه بهدم البناء الذي كان قائماً على الأرض المشفوعة كما أدى إلى زيادة قيمة هذه الأرض، وقد تكبد في سبيل هذا الهدم نفقات من ماله الخاص، فإن إزالة الأبنية التي أدت إلى زيادة في قيمة الأرض ذاتها تعد زيادة من المشتري في العقار المشفوع من ماله"[4].

3- رجوع الشفيع في حالة الاستحقاق على المشتري أو البائع. نصت المادة رقم 1165 من القانون المدني الأردني[5] على "وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشُّفْعَة، فللشفيع أن يرجع بالثمن على من اداه إليه من البائع أو المشتري".

---

(1) سوار، الحقوق الأصلية (مرجع سابق)، ج2، ص208.

(2) قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة، رقم 38 سنة 2002م.

(3) سوار، الحقوق الأصلية (مرجع سابق)، ج2، ص200.

(4) تمييز، حقوق، 82/291، ص1700 سنة 1982، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

(5) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

إن للشفيع حق الرجوع في حالة الاستحقاق على أي من البائع أو المشتري وهو ليس مخير بالرجوع على أي منهما، بل يرجع بالضمان على من تسلم الثمن[1].

4- حالة ما إذا قام المشتري بزيادة من ماله على العقار المشفوع فيه مثل البناء على الأرض، أو زيادة البناء المقام أصلاُ، أو غرس الأشجار، فهنا يجب التفريق بين الزيادة قبل رفع الدعوى أو بعدها.

أ- فيما يتعلق بالزيادة أو البناء أو الغرس قبل رفع الدعوى عالجت هذه الحالة المادة رقم 1/1166 من القانون المدني الأردني[2] فنصت "إذا زاد المشتري في العقار المشفوع شيئاً من ماله أو بنى أو غرس فيه أشجاراً قبل رفع دعوى الشُّفْعَة، فالشفيع مخير بين أن يترك الشُّفْعَة وبين أن يتملك العقار بثمنه مع قيمة الزيادة أو ما أحدث من البناء أو الغرس".

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز على أنه "إذا قام المدعى عليه بهدم البناء الذي كان قائماً على الأرض المشفوعة ما أدى إلى زيادة قيمة هذه الأرض وقد تكبد في سبيل هذا الهدم نفقات من ماله الخاص، فإن إزالة الأبنية التي أدت إلى زيادة في قيمة الأرض ذاتها تعتبر زيادة من المشتري في العقار المشفوع من ماله في المعنى المنصوص عليه في المادة 1166 من القانون المدني"[3].

ب- فيما يتعلق بالزيادة أو البناء أو الغرس بعد رفع دعوى الشُّفْعَة. فقد نصت المادة رقم 2/1166 من القانون المدني الأردني[4] "إذا كانت الزيادة أو البناء أو الغرس بعد الدعوى فللشفيع أن يترك الشُّفْعَة أو

(1) القدومي، الشُّفْعَة في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص49.

(2) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

(3) تمييز، حقوق، رقم 82/291، ص1700 سنة 1982، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

(4) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

أن يطلب الإزالة إن كان لها محل أو الإبقاء مع دفع قيمة الزيـــادة أو ما أحدث مقلوعاً".

2.5.4 أثر الشُّفْعَة على العلاقة بين الشفيع والبائع

1- الشفيع لا يستطيع أن ينتفع بالأجل الذي منحه البائع للمشتري.

فمثلاً إذا كان بين البائع والمشتري اتفاق على دفع ثمن العقار مقسطاً، فالشفيع لا يستفيد من هذا الاتفاق، لأن هذا الاتفاق تم على أساس شخصي، وقد نصت المادة رقم 2/1165 من القانون المدني الأردني[1] "ولا يحـــق للشـــفيع الانتفـــاع بالأجـــل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع".

فالحكمة إذن من منح البائع للمشتري أجلاً لدفع الثمن، هي أن البائع قد وضع في المشتري ثقة من الممكن أن لا يضعها في الشفيع لاعتبـــارات تتعلـــق بشـــخص المشتري، ومع ذلك قد يرضى البائع بتأجيل الثمن للشفيع أو تقسيطه بنفس الشـــروط التي كان قد منحها للمشتري ولا يوجد ما يمنع ذلك، على أن هذا الرضا لا يكون إلا بعد الأخذ بالشُّفْعَة أو عند إقامة دعوى الشُّفْعَة وأثناء إجراءاتها، فيجب على الشـــفيع أن يكون قد أودع الثمن كاملاً في صندوق المحكمة وذلك على الـــرغم مـــن رضـــا البائع بمنحه الأجل، وذلك لأن إيداع الثمن كاملاً هو شرط من شروط إقامة دعـــوى الشُّفْعَة[2].

وبعد أن يثبت حق الشُّفْعَة ويرضى البائع بتأجيل الثمن أو تقسيطه، يحق للشـــفيع حينئذ أن يسحب الثمن من خزينة المحكمة بعد إذن البائع، ومن ثم يسدد الثمن للبائع حسب ما هو متفق عليه، إذ أن الأصل في البيع هو أن يقوم كل من طرفيه بتســـديد التزاماته فوراً تجاه الطرف الآخر هذا ما نصت عليه المـــادة رقـــم (2/485) مـــن القانون المدني الأردني[3] حيث جاء فيها "2- ويجب على كل مـــن المتبـــايعين أن يبادر إلى تنفيذ التزاماته إلا ما كان منها مؤجلاً".

---

(1) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

(2) القدومي، الشُّفْعَة في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص48.

(3) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

2- في حالة استحقاق المبيع من الشفيع فالأصل أن يعود على المشتري، ولكن قد يكون الشفيع قد دفع الثمن للبائع، وهنا يعود عليه بالثمن. وقد بينت المادة رقم 3/1165 من القانون المدني الأردني[1] حكم استحقاق العقار المشفوع فيه للغير بعد أخذه بالشُّفْعَة ونصت على "وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشُّفْعَة، فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه من البائع أو المشتري".

كما نصت المادة رقم 505 من القانون المدني الأردني[2] على الآتي:

1- إذا قضى باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع ويخلص المبيع للمشتري.

2- فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن.

3- ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدراً بقيمته يوم التسليم للمستحق.

4- ويضمن البائع أيضاً للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع.

من خلال تلك النصوص، نلاحظ أن للشفيع حق الرجوع في حالة الاستحقاق على أي من البائع أو المشتري وهو ليس مخيراً بالرجوع على أي منهما، بل أن يرجع بالضمان على من تسلم الثمن.

3.5.4 أثر الشُّفْعَة على علاقة الشفيع بالغير

أ- مآل حقوق الغير الناشئة أثناء حيازة المشتري.

نصت المادة رقم 1154 من القانون المدني الأردني[3] على أنه "إذا اشترى شخص عيناً يجوز الشُّفْعَة فيها ثم باعها من آخر قبل أخذها بالشُّفْعَة، فللشفيع أخذها بالثمن الذي قام على المشتري الأول وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق إن وجد".

---

(1) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

(2) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

(3) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

وظاهر هذا النص، أن على الشفيع عند تعدد البيوع، أن يوجه الخصـومة إلـى المشتري الأخير، اعتباراً بأنه يملك العقار، وأنه وبالتـالي ملـزم بنقـل ملكيتـه. ومقتضى النص أن الثمن يدفع إلى هذا المشتري، وأنه يستطيع متى وجد الفرق فـي الثمن أن يرجع به على سلفه[1].

ب- مآل حقوق الغير الناشئة عن عقد البيع.

1- إن الشفيع يستطيع أن ينقض تصرفات المشتري قبل الغير

فإذا جعل المشتري العقار الذي اشتراه وقفاً ليبني عليه مكاناً للعبـادة، ففـي هذه الحالة، يستطيع أن ينقض هذا التصرف ويأخذ العقـار، المبـاع بحـق الشُّفْعَة، فهذه التصرفات لا تسري بحق الشفيع، وهو ما نصت عليه المـادة رقم 1/1167 من القانون المدني الأردني[2].

2- يستطيع الشفيع أن ينقض أي تصرف قام به المشتري ومن شـأنه ترتيـب رهن رسمي، أو حق امتياز على العقار المشفوع فيه سواء قام المشتري بهذا التصرف أو رتب ضده ويشترط أن يكون تاريخ هذا التصرف بعـد إقامـة دعوى الشُّفْعَة وتنتقل حقوق الدائنين إلى ثمن العقار الـذي دفعـه الشـفيع للمشتري هذا ما نصت عليه المادة رقـم 2/1167 مـن القـانون المـدني الأردني[3].

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز "إذا ثبت بالحكم أن المميز ضده قد اشترى العقار بالشُّفْعَة فأقام المميز دعوى طالباً أخذه بالشُّفْعَة إلا أن المشتري قـام ببيعه أثناء المحاكمة إلى ولده فإن البيع لا يؤثر على صحة الدعوى المقامـة لأخذ العقار بالبيع الأول حيث أن للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري عملاً بالمادتين رقم (1154، 1167) من القانون المدني الأردني ومما تقـدم

---

(1) سوار، الحقوق العينية الأصلية (مرجع سابق)، ج2، ص212.

(2) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

(3) القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

تبين أن الدعوى التي أقامها المميز علـــى المشـــتري الأول تتـــوافر فيهـــا الخصومة ولا يؤثر على صحتها البيع الثاني"[1].

(1) تمييز، رقم 85/145 سنة 1985، ص1872، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

الفصل الخامس

موانع ومسقطات الشفعة وما يعتبر تحايلاً في مجالهما

1.5 التمييز بين المانع والمسقط

يقتضي البحث في موانع الشفعة ومسقطاتها التمهيد لذلك بالتمييز بين المانع والمسقط، **فالمانع لغة:** من مَنْعَ والمنْع : أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده، وهو خلاف الإعطاء[1].

المانع اصطلاحاً: الذي يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا العدم لذاته[2]. وهو الأمر الذي ترتب على وجوده عدم ترتب المسبب على السبب، مع توافر الشروط أو يترتب على وجوده بطلان المسبب. ومثال المانع الذي يمنع من ترتب المسبب على سببه قتل الوارث مورثه، ومثال المانع الذي يترتب على وجوده بطلان السبب أن يكون مالك النصاب الموجب للزكاة مديناً[3].

والمسقط لغة: سقط يسقط سقوطاً فهو ساقط وسقوط وقع، وأسقطت المرأة ولدها إسقاطاً، وهي مسقط: ألقته لغير تمام من السقوط. وسقط في كلامه: أخطأ[4].

والإسقاط اصطلاحاً: إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق تقرباً إلى الله بصورة مخصوصة[5]. وهو إزالة الحق الثابت لا إلى مستحق بعوض أم بغير عوض[6].

فالمانع يلغي الشفعة ابتداء، أما المسقط فيلغي الشفعة بعد أن تقوم، فإذا باع زوج لزوجته عقاراً قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة، فلا تقوم الشفعة منذ البداية. وإذا

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق)، ج8، ص408.

(2) الزركشي، بدر الدين محمد، (ت794هـ)، البحر المحيط، ط2، الغردقة، دار الصفوة، 1992، ج3، ص329.

(3) الشافعي، أحمد محمود، أصول الفقه الإسلامي، د.ط، د.م، 1998م، ص261-262.

(4) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج7، ص356.

(5) الراوشدة، محمد أحمد، العفو الخاص وأثره في إسقاط عقوبة القصاص، مجلة كلية المعارف الجامعية، العدد الرابع، السنة الثالثة، 2002، ص103.

(6) الطعيمات،إسقاط الحقوق وتوريثها في الشريعة الإسلامية (مرجع سابق)، ص78.

نزل الشفيع عن الشفعة أو لم يأخذ بها في مواعيدها المقررة، أو لم يراع الإجراءات المرسومة فإن الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء[1].

وهناك فرق آخر ما بين موانع الشفعة ومسقطاتها فالمانع من الشفعة يكون سبباً متصلاً بأصل الحق ومعاصراً لنشوئه، ومن ثم فلا تنشأ الشفعة لهذا السبب رغم توافر أسبابها وشروطها، أما المسقط فهو عيب طارئ يصيب الحق بعد نشوئه فعلاً فيسقط، وقد يتصل هذا العيب بإجراءات الشفعة فيكون متعلقاً بشكل الدعوى كما قد يتصل بأصل الحق فيكون متعلقاً بموضوع الدعوى تبعاً لظروف الحال[2].

في كتب الفقه الإسلامي لم ترد عبارة موانع الشفعة إنما عبر عنها العلماء "ما لا تثبت فيه الشفعة". أو "ما لا تجب في الشفعة".

أما مسقطات الشفعة فقد عبروا عنها بلفظ إبطال أو السقوط.

2.5 موانع الشفعة في الفقه الإسلامي

أورد الفقهاء حالات لا تثبت فيها الشفعة ابتداءً وهي على النحو الآتي:

أولاً: عدم ثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة أو يقبلها بفساد كالحمام الصغير والدار الصغيرة والنخلة.

وهو قول المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] والزيدية[6] وقد استدلوا على ذلك بأدلة كثيرة قد بينت في الفصل الثالث[7] ولكن كان الرأي المختار هو الذي يقضي بثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة أو يقبلها بفساد لأن الشفعة إنما شرعت

---

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، ج9، ص526.

(2) أبو السعود، رمضان، مسقطات الشفعة، د ط، د م، الدار الجامعية، 1992، ص40.

(3) الآبي، جواهر الإكليل (مرجع سابق)، ج2، ص159؛ الحطاب، مواهب الجليل (مرجع سابق)، ج5، ص313؛ الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص635.

(4) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص303؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص417؛ الشافعي، الأم (مرجع سابق)، ج3، ص4.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ ابن النجار، منتهى الإرادات، (مرجع سابق)، ج3، ص227.

(6) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص6.

(7) انظر الفصل الثالث، المبحث الثالث، المطلب الثاني من الرسالة، ص71.

لرفع ضرر الشركة والمجاورة وضرر ذلك فيما لا يقبل القسمة أشد وأبلغ منه فيما يقبلها، فإذا شرعت فيما يقبلها لرفع الضرر الأدنى، فشرعيتها فيما لا يقبلها لرفع الضرر الأعلى من باب أولى.

ثانياً: عدم ثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا بيعا بدون الأرض.

ذهب إلى ذلك الجمهور (الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] والزيدية[4] والأباضية[5]) لأن البناء والشجر ليسا مما يدوم بقاؤهما فكانا كالمنقول، والمنقول لا شفعة فيه لأن ضرره ليس بدائم، وإنما تثبت الشفعة فيهما تبعاً للأرض وقد سبق تفصيل ذلك في الفصل الثالث[6].

ولعل الرأي المختار الذي يقضي بثبوت الشفعة في البناء والشجر إذا بيعا بدون الأرض؛ لأن بقاؤهما يطول فيطول ضررهما والشفعة إنما شرعت لرفع الضرر الذي يطول بقاؤه.

ثالثاً: عدم ثبوت الشفعة في الزروع والثمار إن بيعا بدون أصولها.

فإن بيعا مع أصولها تثبت الشفعة في الثمرة غير الظاهرة، والزروع الذي يجذ مراراً، أما الثمرة الظاهرة والتي لا تجذ مراراً فلا تثبت الشفعة فيها ذهب إلى ذلك الشافعية[7] والحنابلة[8] وقد سبق تفصيل ذلك في الفصل الثالث[9] والرأي المختار هو الذي يقضي بثبوت الشفعة في الزروع والثمار مطلقاً سواء بيعت مع

---

(1) العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص419.

(2) الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص408؛ الشربيني، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص185.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص529.

(4) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص10.

(5) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص429.

(6) انظر الفصل الثالث، المبحث الثالث، المطلب الثالث من الرسالة، ص73.

(7) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص296؛ الشربيني، الاقناع (مرجع سابق)، ج2، ص129.

(8) ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص529؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464.

(9) انظر الفصل الثالث، المبحث الثالث، المطلب الثاني من الرسالة، ص73.

أصوله أو بيعت مفردة سواء كانت الثمرة ظاهرة أم كانت غير ظاهرة لأن الشــفعة إنما شرعت لرفع الضرر الذي يلحق بالشفيع.

رابعاً: عدم ثبوت الشفعة في المنقول.

وهو قول الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] والزيدية[5] ورواية عن الشيعة الإمامية[6] وقول للأباضية[7]، واستدلوا على ذلك بأدلة تم توضــيحها في الفصل الثالث[8] ولكن تم اختيار الرأي الذي يقضي بثبوت الشفعة في المنقــول؛ لأن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة والجوار، وضرر الشــركة موجــود فــي المنقول فيجب ثبوت الشفعة فيه لرفع هذا الضرر.

خامساً: عدم ثبوت الشفعة فيما انتقل بعقد معاوضة غير مالية.

ومثال ذلك المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وهو رأي الحنفية[9] ومشهور مذهب الحنابلة[10] والزيديــة[11] والشــيعة الإماميــة[12] والأباضــية[13]

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج2، ص105؛ العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص419.

(2) ابن أنس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص402؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع ســابق)، ج5، ص406.

(3) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص296؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجــع ســابق)، ج2، ص408

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ ابن النجار، منتهــى الإرادات، (مرجــع سابق)، ج3، ص227.

(5) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص172.

(6) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص253.

(7) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص333.

(8) انظر الفصل الثالث، المبحث الثالث، المطلب الخامس من الرسالة، ص 76.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص108؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص346.

(10) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص544؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص536.

(11) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص6.

(12) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص254.

(13) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص321.

والظاهرية[1] وقد سبق استعراض أدلتهم في الفصل الثالث[2] كما سبق اختيار الرأي القائل بثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض غير مالي لأنه تحقق المقصود من الشفعة وهو رفع الضرر.

سادساً: عدم ثبوت الشفعة بانتقال المشفوع فيه من ملك صاحبه بعقد لا عوض فيه.

ومثال ذلك الصدقة والوصية والهبة بغير ثواب وهو رأي الحنفية[3] والمالكية في المشهور من مذهبهم[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] وقول عند الزيدية[7] والشيعة الإمامية[8] والأباضية[9] وهو الرأي المختار لأن المقصود منه في هذه الحالة التبرع، ابتغاء وجه الله تعالى، فأخذه منه بالشفعة فيه ضرر عظيم لا يساويه الضرر الذي يلحق المشفوع عليه، فالمصلحة في عدم استحقاق الشفعة عليه. وقد سبق بيان أدلتهم في الفصل الثالث[10].

سابعاً: عدم ثبوت الشفعة في البيع الفاسد.

إن كان العقد فاسداً لم تثبت فيه الشفعة؛ لأنه غير ناقل للملكية فقد اتفق الفقهاء[11] على أنه إذا انتقل ملك الحصة إلى المشفوع عليه بعقد معاوضة مالية كالبيع أن يكون هذا البيع صحيحاً لازماً فإن كان العقد فاسداً لم تثبت فيه الشفعة.

---

(1) ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص13.

(2) انظر الفصل الثالث، المبحث الرابع، المطلب الثالث من الرسالة، ص88.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص107.

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي (مرجع سابق)، ج5، ص52.

(5) الشافعي، الأم (مرجع سابق)، ج3، ص3.

(6) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص544.

(7) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص546.

(8) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص254.

(9) إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص322.

(10) انظر الفصل الثالث، المبحث الرابع، المطلب الثاني من الرسالة، ص81.

(11) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص122؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص208؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص303؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص464؛ الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص169؛ الحلّي، شرائع =

ثامناً: إذا كان البيع على الخيار.

فلا خلاف بين الفقهاء[1] في عدم ثبوت الشفعة حتى يلزم البيع بمضي زمن الخيار، أو بإسقاط حق من يثبت له الخيار هذا إذا كان الخيار للبائع أو له وللمشتري؛ لأن الخيار للبائع يجعل له الحق في فسخ البيع، وثبوت الشفعة يلغي هذا الحق والشفعة تثبت عند انتقال الملك وبيع الخيار ليس ناقلاً للملك.

واختلفوا إن كان الخيار للمشتري فذهب المالكية[2]، والشافعي[3] في رواية عنه والحنابلة[4] والزيدية[5] إلى عدم ثبوت الشفعة وسبق الحديث عن ذلك في الفصل الثالث[6].

3.5 موانع الشفعة وفق أحكام القانون المدني الأردني

القانون هو المصدر الوحيد لموانع الشفعة، فلا مانع بغير نص وبذلك تكون موانع الشفعة قد وردت على سبيل الحصر، فقد نصت المادة رقم 1159 من القانون المدني الأردني[7] "لا شفعة:

1- في الوقف ولا له.

2- فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث.

= الإسلام (مرجع سابق)، ج3، ص254؛ إطفيش، شرح كتاب النيل (مرجع سابق)، ج11، ص320؛ ابن حزم، المحلى (مرجع سابق)، ج8، ص13.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص346؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص209؛ الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص299؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج5، ص211؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص17؛ الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص258.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص209؛ الحطاب، مواهب الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص383.

(3) الشربيني، مغني المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص299.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص471.

(5) المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص17.

(6) انظر الفصل الثالث من الرسالة ص88.

(7) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

3- في البناء والشجر المبيع قصداً بغير الأرض القائم عليها أو في البناء والشجر القائمين على أرض محكرة أو على الأراضي الأميرية.

4- في الأراضي الأميرية التي تحت يد المستحقين لمنفعتها.

5- فيما تجري قسمته من العقارات.

ونصت المادة 2 فقرة 3 من القانون المعدل[1] "لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة إذا:

أ- حصل البيع أو الفراغ بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

ب- حصل البيع أو الفراغ بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثالثة.

ج- كان العقار قد بيع أو أفرغ ليجعل منه محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة.

د- حصل التفويض من جانب الدولة.

هـ- إذا حصل البيع أو الفراغ من مؤسسة الإسكان إلى أحد المنتفعين من مشاريعها أو من جمعية إسكان إلى أحد أعضائها، أو من الجمعية الخيرية للقوات المسلحة إلى أحد ضباط أو أفراد القوات المسلحة.

و- تسري أحكام الفقرة (هـ) على الدعاوى التي لم تقترن بحكم قطعي.

4.5 مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي

للحقوق بصفة عامة أسباباً تسقط بها، ولكن تتميز الشفعة بأسبابها المستقلة للسقوط. ولتي تتبع من طبيعتها ونظامها وهي على النحو الآتي:

أولاً: الإبراء والتنازل عن الشفعة

تعريف الإبراء

الإبراء لغةً: بريء وبرأ، من المرض إذا شفي، بريء من العيب أو الدين تخلص وسلم منه[2].

(1) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.

(2) معلوف، لويس، المنجد، ط35، طهران ، الناشر فرحان، 1379هـ، ص31.

الإبراء اصطلاحا: إبراء الذمة: تخليصها وتنقيتها مما وجب فيها شرعاً، فهو بمعنى أداء الواجبات الشرعية، سواء كانت حقاً لله أم حقاً للعباد[1].

والمقصود بالإبراء هنا الإسقاط فإن الإبراء نوع من الإسقاط وهو ما يدل على ذلك تقسيم القرافي الإسقاط إلى نوعين بعوض كالخلع والآخر بغير عوض، ومثل له بالإبراء من الديون[2].

وقد تكلم الفقهاء في تنازل عن الشفعة بالتفصيل على النحو الآتي:

إذا تنازل الشفيع عن حقه في طلب الشفعة سقط حقه في طلبها، والتنازل هذا إما أن يكون صريحاً وإما أن يكون ضمنياً.

1- التنازل الصريح أن يقول الشفيع: أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك منها ونحو ذلك، لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطاً، كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أم لم يعلم بشرط أن يكون بعد البيع لأن هذا إسقاط الحق صريحاً، وصريح الإسقاط يستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والإبراء عن الحقوق[3].

أ- التنازل عن الشفعة قبل البيع:

إذا تنازل الشفيع عن حقه في طلب الشفعة قبل بيع العقار المشفوع فيه لم يسقط حقه في طلبها بعد البيع؛ لأن هذا التنازل إسقاط للحق، وإسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال[4].

ب- التنازل عن الشفعة مقابل تعويض أو صلح عنها:

اختلف الفقهاء في جواز التنازل عن الشفعة مقابل تعويض يأخذه الشفيع.

---

(1) القضاة، نوح علي سليمان، إبراء الذمة من حقوق العباد، ط1، عمان، دار البشير، 1986م، ص40.

(2) القرافي، الفروق (مرجع سابق)، ج2، ص110.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص120؛ الموصلي، الاختيار، مرجع سابق، ج1، ص47؛ الماوردي، الحاوي الكبير (مرجع سابق)، ج7، ص241؛ الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص265.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص120؛ الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص265.

فقال الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] وفي قول عند المالكية[4] لا يصح الصلح عن الشفعة على مال، فلو صالح المشتري الشفيع عن الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض ويبطل حق الشفعة.

وقال الشافعية[5] تبطل الشفعة إن علم بفساده. أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في المحل؛ لأن الثابت للشفيع حق التملك، وأنه عبارة عن ولاية التملك وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض[6].

وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة فلأنه أسقطه بالصلح فالصلح وإن لم يصح فإسقاط حق الشفعة صحيح، لأن صحته لا تقف على العوض بل هو شيء من الأموال فلا يصلح عوضاً عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كأنه سلّم بلا عوض[7].

والقول الثاني عند المالكية[8] إلى جواز الصلح عن الشفعة بعوض، لأنه عوض عن إزالة الملك فجاز أخذ العوض عنه.

ج- قال أبو حنيفة وأبو يوسف إن إسقاط الأب بشفعة ابنه القاصر أو ابنته القاصرة وكذلك الوصي مسقط لشفعة أولئك القاصرين بحيث لا حق لهم في المطالبة بها بعد البلوغ؛ لأن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة، بل عين التجارة، لأنه مبادلة المال بالمال، وترك الأخذ بها ترك التجارة، فيملكه الولي كما يملك ترك التجارة برد بيع شيء للصبي، عندما يقال للأب مثلاً: بعتك هذا المال لابنك الصغير، ولأنه أي الأخذ بالشفعة تصرف دائر بين النفع والضرر، وقد تكون المصلحة

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص122؛ الموصلي، الاختيار، مرجع سابق، ج1، ص47.

(2) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص193.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص545؛ المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص254.

(4) القيرواني، كفاية الطالب الرباني (مرجع سابق)، ج3، ص11.

(5) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص193.

(6) الغنيمي، اللباب (مرجع سابق)، ج1، ص113؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص122؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص385.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص122.

(8) القيرواني، كفاية الطالب الرباني (مرجع سابق)، ج3، ص11.

في ترك الشراء للصبي رعاية لمصلحته، ليبقى الثمن على ملكه، والولاية نظر بحسب المصلحة[1].

قال زفر ومحمد[2] والحنابلة في الصحيح من المذهب[3]: ليس للولي إسقاط شفعة الصغير، سواء لمصلحة أو لغير مصلحة، ويظل الصغير على شفعته متى بلغ، لأن هذا حق ثابت للصغير، فلا يملك الولي إبطاله، كالتنازل عن دينه، وقوده (حقه في القصاص)، ولأنه شرع لرفع الضرر، فكان إبطاله إضراراً به.

وقال المالكية[4] والشافعية[5] والرواية الثانية للحنابلة[6]: إن كان ترك الشفعة لمصلحة القاصر، صح إسقاطها من الأب أو الوصي، وإلا فلا يصح وللقاصر حينئذٍ طلبها متى بلغ.

2- التنازل الضمني

التنازل الضمني: هو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري، وهو ثبوت الملك له. مثل:

أ- ترك طلب المواثبة أو طلب التقرير بعد العلم بالبيع مع القدرة عليه بان يترك الطلب على الفور من غير عذر[7]، أو قام عن المجلس الذي علم فيه بالبيع، أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر؛ لأن ترك الطلب مع القدرة عليه، دليل الرضا بالعقد وحكمه للمشتري الدخيل[8].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص398.

(2) المرجع السابق، ج6، ص398.

(3) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص595؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص544.

(4) عليش، فتح الجليل (مرجع سابق)، ج7، ص145.

(5) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص194.

(6) ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص544.

(7) ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص54.

(8) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص385؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص123؛ الغنيمي، اللباب (مرجع سابق)، ج1، ص113؛ الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص265.

ب- أن يساوم الشفيع المشتري على شراء ما اشتراه أو إيجاره له؛ لأن مساومته دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة[1].

ج. أن يكون الشفيع وكيلاً عن البائع فيما باعه؛ لأنه يسعى في نقض ما تم من جهته. أما إذا كان الشفيع وكيل المشتري فيما ابتاع أي اشترى لموكله فله الشفعة، لأنه لا ينتقض شراؤه بالأخذ بها (أي الشفعة)؛ لأنها مثل الشراء هذا عند الحنفية[2] ورواية عن الحنابلة[3].

والصحيح في مذهب الشافعية[4] والرواية الراجحة عن الحنابلة[5]. إذا وكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بالتوكيل، سوء أكان وكيل البائع أم وكيل المشتري لأنه وكيل فلا تسقط شفعته كالآخر أما التهمة فلا تؤثر، لأن المؤكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضياً بتصرفه مع ذلك، فلا يؤثر، كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه.

ثانياً: إن الشفيع لو طلب جزءاً من العقار المشفوع دون جزء منه لسقط حقه في الشفعة.

ذهب إلى ذلك (الحنفية[6] والمالكية[7] وصحيح مذهب الشافعية[8] والحنابلة[9] والشيعة الإمامية[10] والأباضية[11]).

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص123؛ الموصلي، الاختيار، مرجع سابق، ج1، ص47.

(2) الغنيمي، اللباب (مرجع سابق)، ج1، ص113؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص399؛ الموصلي، الاختيار، مرجع سابق، ج1، ص47.

(3) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص255.

(4) الرملي، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، ج5، ص219.

(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص542؛ المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص255.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص123؛ العيني، البناية (مرجع سابق)، ج10، ص349.

(7) ابن أنس، المدونة الكبرى (مرجع سابق)، ج12، ص407.

(8) الشربيني، الاقناع (مرجع سابق)، ج2، ص129.

(9) ابن قدامة، الكافي (مرجع سابق)، ج3، ص56؛ ابن مفلح، الفروع (مرجع سابق)، ج4، ص548.

(10) الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص358.

(11) إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص412.

لكن ذهب الشافعي في رواية عنه[1] أن الشفعة لا تسقط لأن التبعيض قد تعذر، وليست الشفعة ما يسقط بالشبهات، فيطلب فيها جانب الثبوت. وقد سبق بيان ذلك في الفصل الثالث[2].

ثالثاً: إذا لم تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به.

لأنه إذا خرج من ملكه سقط سبب الشفعة فتسقط معه، إذا باع الشفيع ما يشفع به قبل العلم بالشفعة، أو بعد العلم بالشفعة، وقبل الحكم بها سقطت شفعته باتفاق الفقهاء[3] لزوال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فبطلان هذه الشفعة أمر منطقي بدهي، لانتفاء الضرر عن الشفيع الذي شرعت الشفعة من أجل دفعه عن الشريك أو عن الجار.

رابعاً: ضمان الدَّرَك[4].

تسقط الشفعة عند الحنفية[5] إذا ضمن الشفيع الدرك عن المشتري للبائع أي ضمن له الثمن عن المشتري، لأن هذا دليل على الرضا بالبيع الحادث للمشتري. كما أن البائع إذا اشترط الخيار للشفيع في إمضاء البيع أو عدم إمضائه، فأمضى المشروط له الخيار (وهو الشفيع) البيع، لأن البيع تم بإمضائه.

---

(1) الشربيني، الاقناع (مرجع سابق)، ج2، ص129.

(2) انظر، الفصل الثالث ص63.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص387؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص112؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص331؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج5، ص212؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (مرجع سابق)، ج2، ص418؛ الشربيني، الاقناع (مرجع سابق)، ج2، ص124؛ المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، ج6، ص267؛ الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص169؛ المرتضى، البحر الزخار (مرجع سابق)، ج5، ص5؛ الحلّي، شرائع الاسلام (مرجع سابق)، ج3، ص254.

(4) الدّرك: لغة اللحاق، والدّرك إدراك الحاجة ومطلبة، والدّرك اللحق من التبعية، ومن ضمان الدّرك في عهدة البيع؛ انظر ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق)، ج1، ص506. الدرك اصطلاحاً: ضمان الثمن الذي تقلده الشفيع إذا استحق المبيع. انظر، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (مرجع سابق)، ج9، ص334.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص390؛ الغنيمي، اللباب (مرجع سابق)، ج1، ص113؛ الموصلي، الاختيار، مرجع سابق، ج1، ص47.

وقال الشافعية[1] والحنابلة[2]: لا تسقط الشفعة إن ضمن الشفيع العهدة (المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع أو عيبه) للمشتري، أو شرط له الخيار فاختار إمضاء العقد، لم تسقط شفعته، لأن المسقط بها هو الرضا بتركها بعد وجوبها بالبيع، وهذا لم يوجد، فإنه سبب سبق وجوب الشفعة، فلم تسقط به، كالإذن بالبيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع.

خامساً: موت الشفيع

اختلف الفقهاء في ما لو مات الشفيع بعد وجود سبب الشفعة وقبل الأخذ بها، هل ينتقل حق الأخذ بالشفعة إلى ورثته ولهم المطالبة بها أم أن هذا الحق لا يورث أو ليس لهم حق المطالبة بها. هناك ثلاث اتجاهات في ذلك:

الاتجاه الأول: إن هذا الحق لا يورث إلا إذا حكم الحاكم به قبل الموت فينتقل إلى الوارث سواء أطالب بها الشفيع بعد وجود سببها، وذهب إلى ذلك الحنفية[3] والمختار من مذهب الأباضية[4].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

أن الشفيع بموته قد زال ملكه عن العين التي كان يستحق بها الشفعة بسبب ملكه لها، فينتقل ملكها إلى الوارث، فكان هذا الملك حادثاً بعد البيع، ملك الحادث بعد البيع لا شفعة فيه[5].

إن حق الشفعة ما هو إلا مجرد رأي ومشيئة، فتزول بموت الشفيع، فيزول بموته كسائر أوصافه من علم وقدرة وغيرها، فلا يتصور عرفه لعدم بقائه[6].

---

(1) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص193.

(2) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص543.

(3) الغنيمي، اللباب (مرجع سابق)، ج1، ص113؛ الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص123؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص387؛ الموصلي، الاختيار (مرجع سابق)، ج1، ص47.

(4) إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص497.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص38.

(6) المرجع السابق، ج6، ص387.

الاتجاه الثاني: إذا مات الشفيع نزل وارثه منزلته في الأخذ بالشفعة أو التـراك، قياساً على الأموال وذهب إلى ذلك مالك[1] والشافعي[2] والرأي الثاني للأباضـية[3] والزيدية[4].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

بأن الشفعة حق ثبت لرفع الضرر، فكان موروثاً كخيار الرد بالعيب، ولمـا كان هذا الضرر لاحقاً بالوارث، كما هو لاحق بالموروث فيثبت له ما ثبت لمورثه، ليدفع عن نفسه هذا الضرر[5].

بأن الموت كالجنون الجامع أن كلاً منهما من العوارض المسقطة للتكليـف، والمجنون لا يسقط الشفعة، وإنما يثبتها لمن له الولاية على المجنون، فيكون الموت مثله، وينتقل الحق للوارث[6].

الاتجاه الثالث: إن مات الشفيع قبل المطالبة بالشفعة سقطت الشفعة، وإن مـات بعد المطالبة بالشفعة انتقل الحق فيها إلى الوارث، ذهـب إلـى ذلـك الحنابلـة[7] والظاهرية[8] واستدلوا على ذلك بان حق الشفيع يسقط إذا مات الشفيع قبل المطالبة، ولا يسقط إذا مات الشفيع بعد المطالبة به وينتقل إلى الورثة، بأن الشفعة قبل طلبهـا تكون مجرد رغبة للشفيع قائمة بنفسه فتزول بموته، فلا تورث لعدم بقائها، أما بعـد طلبها فهي حق ثابت لا يزول بالموت لتقرره بالطلب، ولذلك لا تسقط بتأخير الأخـذ بها بعد الطلب وتسقط قبله[9].

---

(1) الدردير، الشرح الصغير (مرجع سابق)، ج3، ص651؛ ابن رشد، بداية المجتهد (مرجـع سـابق)، ج5، ص217.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير (مرجع سابق)، ج7، ص257.

(3) إطفيش، شرح النيل والشفاء العليل (مرجع سابق)، ج11، ص453.

(4) الشوكاني، السيل الجرار (مرجع سابق)، ج3، ص177.

(5) الماوردي، الحاوي الكبير (مرجع سابق)، ج7، ص257.

(6) الماوردي، الحاوي الكبير (مرجع سابق)، ج7، ص257.

(7) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص536.

(8) ابن حزم، المحلّى (مرجع سابق)، ج8، ص24.

(9) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص537.

الرأي المختار

لعل رأي الاتجاه الثالث هو الرأي المختار الذي يقضـــي بتوريــث الشــفعة للورثة، إذا طالب بها الشفيع قبل وفاته، لأنه بعد طلبها أصبح حق ثابــت لا يــزول بالموت.

5.5 مسقطات الشفعة وفق أحكام القانون المدني الأردني

عالج القانون المدني الأردني مسقطات الشفعة على النحو الآتي:

أولاً تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة:

التنازل عن الشفعة كما يكون صريحاً فإنه يكون ضمنياً والتنازل الصريح هو الذي يدل دلالة مباشرة على انصراف إرادة الشفيع إلى التنازل عما له من حريه في طلب الأخذ بالشفعة، وأما التنازل الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشــفعة فهــو الذي يستدل عليه من ظروف الحال، فإذا استئجر الشفيع العقار الذي كــان لــه أن يشفع فيه من المشتري له إنما يدل على رغبته في أن ينزل عن حقــه فــي طلــب الشفعة[1].

نصت المادة رقم 1161 من القانون المدني الأردني[2] "إذا نزل الشفيع عــن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة.

ثانياً زوال ملكية الشفيع قبل أن يحكم له بالشفعة:

لثبوت الحق في الشفعة أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع فيه وقت بيــع العقار المشفوع فيه، بل يجب أن يظل الشفيع مالكاً إلى حين تمام الأخذ بالشفعة فإذا ما زالت عن الشفيع ملكيته العقار المشفوع فيه كأن يكون مالكاً للعقار المشفوع بــه تحت شرط فاسخ ويتحقق الشرط قبل ثبوت الحق في الشفعة سقط حقه فــي الأخــذ بالشفعة[3] وقد سبق تفصيل ذلك في الفصل الثالث عند الحديث عن شروط الشفيع[4].

---

(1) عمران، محمد علي، الحقوق العينية الأصلية، د ط، د م ، 1989، ص159.

(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(3) عمران، محمد علي، الحقوق العينية الأصلية، د ط، د م ، 1989، ص160.

(4) انظر الفصل الثالث، المبحث الثاني، المطلب الثاني من الرسالة، ص54.

ثالثاً يسقط حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة بسبب عدم مراعاته للإجراءات التي أوجبها القانون.

وهذه الإجراءات المنصوص عليها في المواد الآتية:

1. المادة 3 فقرة (1) من القانون المعدل[1] "ب- على من يريد الأخذ بحق الأولوية أو الشفعة أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بتسجيل عقد الفراغ أو البيع وإذا تأخر في رفعها بدون عذر شرعي يسقط حقه في الأولوية أو الشفعة.

ج. وفي جميع الأحوال لا تسمع دعوى الأولوية أو الشفعة بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الفراغ القطعي أو تسجيل البيع في سجلات دوائر تسجيل الأراضي".

2. نصت المادة رقم 1163 من القانون المدني الأردني[2] "ترفع دعوى الشفعة على المشتري لدى المحكمة المختصة وتفصل في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع ولها أن تمهل الشفيع شهرا لدفع ما تطلب من دفعه وإلا بطلت الشفعة.

3. نصت المادة رقم 1164 من القانون المدني الأردني[3] "1- يثبت الملك للشفيع بقضاء المحكمة أو تسليمه من المشتري بالتراضي وذلك مع مراعاة قواعد التسجيل"

رابعاً سقوط الشفعة بموت البائع أو المشتري أو الشفيع.

نصت المادة رقم (1158) من القانون المدني الأردني[4] على أنه "إذا ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع".

خامساً: سقوط حق الشفيع بالشفعة لعدم مراعاة مبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة.

نصت المادة رقم 1160 من القانون المدني الأردني "الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبراً على المشتري إلا إذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي"

وقد سبق شرح هذه المادة في الفصل الثالث[5].

---

(1) القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 38 سنة 2002.

(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(3) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(4) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(5) انظر الفصل الثالث من الرسالة، ص63.

6.5 ما يُعد تحايلاً في مجال الشفعة في الفقه الإسلامي

الحيلة لغة: وسيلة بارعة تحيل الشيء عن ظاهره ابتغاء الوصول للمقصود، تحايل على الرجل: سلك معه مسلك حذق ليبلغ منه مأربه(1). والحيلة: اسم من الاحتيال. وهي التي تحوّل المرء عما يكرهه إلى ما يحبه(2).

وقد عرف ابن قيم الجوزية الحيلة بأنها: المراوغة بإظهار أمر جائز ليتوصل به إلى أمر محرم يبطنه(3). وقال الشاطبي: "التحيل بوجه سائغ مشروع في الظاهر أو غير سائغ على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر، بحيث لا يسقط أو لا ينعكس إلا مع تلك الواسطة، فتفعل ليتوصل بها إلى الغرض المقصود، مع العلم بكونها لم تشرع له"(4).

الحيل في القانون: هي التي تحيل من الشيء غير الصحيح شيئاً صحيحاً(5).

والمراد بها هنا: أن يظهر البائع والمشتري في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئان في الباطن على خلافه(6).

وقد ذكر الفقهاء لإسقاط الشفعة حيلاً بعضها يعم الشفعاء كلهم وبعضها يخص البعض دون البعض.

أما الذي يعم كل الشفعاء فمن أمثلتها: أن يشتري الدار بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفاً، فيشتريها بألفين، وينقد من الثمن ألفاً إلا عشرة ثم يبيع المشتري من البائع عرضاً قيمته عشرة بألف وعشرة، فتحصل الدار للمشتري بألف لا يأخذها الشفيع إلا بألفين وهذه الحيلة ليست بمسقطة للشفعة شرعاً لكنها مانعة من الأخذ بالشفعة عادة، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها ألفين ويلتزم الضرر(7).

---

(1) مدكور، إبراهيم، المعجم الوجيز، ط1، دار التحرير، مصر، 1980، ص182.

(2) الجرجاني، التعريفات (مرجع سابق)، ص56.

(3) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج3، ص160.

(4) الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي ت790هـ، الموافقات، د ط، د م، د ت، ج2، ص378.

(5) تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، د ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، د ت، ص400.

(6) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص461.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص142.

أما الذي يخص بعض الشفعاء دون بعض فأنواع منها: أن يبيع داراً إلا ذراعاً منها في طول فالشفيع لا يستحق الشفعة، أما في قدر الذراع فلانعدام الشرط وهو البيع، وإما في وراء ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار[1].

ومنها: أن يهب البائع الحائط الذي بينه وبين الجار مع أصله للمشتري مقسوماً ويسلمه إليه، أو يهب له من الأرض قدر ذراع من الجانب الذي يلي دار الشفيع ويسلمه إليه ثم يبيع منه البقية بالثمن، لمنع جاره من الشفعة في المبيع، وفي الموهوب، أما في البيع فلانعدام سبب وجوب الشفعة وهو الجوار، وأما في الموهوب فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع[2].

ومنها: أن يبيع الدار نصفين، فيبيع الحائط بأصله أو لا بثمن كثير ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل، لمنع الشفعة فيما وراء الحائط لانعدام السبب وهو الجوار، وفي الحائط عادة لكثرة الثمن[3]، فهذا كله إذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة، وإن تحيلا به على إسقاط الشفعة فهل تسقط بها أم لا؟.

الاتجاه الأول: يحرم الاحتيال لإسقاط الشفعة، وعدم سقوط الحق باستعمالها ذهب إلى ذلك المالكية[4] والحنابلة[5] واستدلوا على ذلك بالآتي:

أولاً: إن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُم وَمَا يَشْعُرُونَ﴾[6]، الحيل المحرمة مخادعة لله، ومخادعة الله حرام، فالحيلة لإسقاط الشفعة محرمة[7].

---

(1) المرجع السابق، ج4، ص142.
(2) المرجع السابق، ج4، ص142.
(3) المرجع سابق، ج4، ص142.
(4) القيرواني، كفاية الطالب الرباني (مرجع سابق)، ج3، ص11.
(5) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص460؛ ابن النجار، منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج3، ص225.
(6) سورة البقرة آية 9.
(7) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص462؛ ابن القيم، أعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج3، ص161.

ثانياً: قال –صلى الله عليه وسلم–: "قاتل الله اليهود، حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها"[1].

وجه الدلالة: قاتل الله اليهود (المعنى قتلهم الله لأن فاعل يجيء بمعنى فعل ويقال معناه لعنهم الله[2]، واللعن لا يكون إلا على محرم فهذا دليل على إبطال الحيل والوسائل إلى محرم[3]

ثالثاً: أن الشفعة وضعت لرفع الضرر، فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر، فلم تسقط، وحينئذٍ فالشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد، وتواطأ البائع والمشتري على إخفائه، لا بما أظهره مما لا حقيقة له، فإن كان مثلياً أخذه بمثله، وإن لم يكن له مثل أخذه بقيمته وإلا فبقيمة الشقص[4].

الاتجاه الثاني: يجوز الاحتيال لاسقاط الشفعة ذهب إلى ذلك: الحنفية[5] والشافعية[6].

وقد فصل الحنفية في ذلك فقالوا: الحيلة: إما إن كانت بعد وجوب الشفعة وإما إن كانت قبل الوجوب، فإن كانت بعد الوجوب قيل إنها مكروه بلا خلاف، وذلك بأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا وكذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعته ولا يستحق بدل الصلح، وإن كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال أبو يوسف لا تكره، وقال محمد تكره ودليله: أن شرع الحيلة يؤدي إلى سد باب الشفعة وفيه إبطال هذا الحق أصلاً ورأساً. ودليل أبي يوسف: أن الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهذا جائز كالشراء

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكها، رقمه (2367)، ج6، ص293.

(2) أبو داوود، محمود بن أحمد بن موسى (ت 855هـ)، شرح سنن أبي داوود، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1999م، كتاب الجنائز، باب البناء على القبر، رقم 1661، ج6، ص184.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج5، ص143.

(4) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير (مرجع سابق)، ج5، ص463.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص143؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص394.

(6) النووي، روضة الطالبين (مرجع سابق)، ج4، ص196.

والهبة وسائر التمليكات فإن المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهو الشراء، وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات[1].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ جَعَلَ السِّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ. . . . .فَبَدَأَ بِأَوْعِيَتِهِمْ قَبْلَ وِعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِن وِعَاءِ أَخِيهِ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلاَّ أَن يَشَاءَ اللّهُ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مِّن نَّشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾ "[2].

وجه الدلالة: إن الله تعالى أخذ عن نبيه يوسف أنه جعل الصواع في رحل أخيه ليتوصل بذلك إلى أخذه من أخوته، ومدحه بذلك وأخبره أنه كيده لنبيه وفي ذلك دلالة على جواز الحيل[3].

وقوله تعالى: "خُذْ بِيَدِكَ ضِغْثاً فَاضْرِب بِّهِ وَلَا تَحْنَثْ"[4].

وجه الدلالة: أذن الله سبحانه وتعالى لنبيه أيوب أن يتحلل من يمينه بالضرب بالضغث، وقد كان نذر أن يضربها ضربات معدودة، وهي في المتعارف الظاهر إنما تكون متفرقة، فأرشده الله تعالى إلى الحيلة في خروجه من اليمين، فيقيس عليه، ونسميه وجوه المخارج من المضايق[5].

إن البائع محتال لدفع الضرر عن نفسه وكذلك مشتري الشقص والحيلة لدفع الضرر عن النفس مشروعه، فتكون الحيلة مشروعه[6].

الرأي المختار: ولعل الاتجاه الأول الذي يقضي بتحريم الحيلة لإسقاط الشفعة هو الاتجاه المختار لقوة دليله ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع، فالذي يحتال لإسقاطها بمنزلة القاصد إلى الإضرار بالغير وذلك لا يجوز ولا سيما أن كان بين المشترك وبين الشفيع عداوة ويتضرر من مشاركته.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (مرجع سابق)، ج4، ص143.

(2) سورة يوسف، رقم الآية (70-76).

(3) ابن قيم، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج3، ص190.

(4) سورة ص، رقم الآية (44).

(5) ابن قيم، إعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج3، ص189.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق (مرجع سابق)، ج6، ص394.

7.5 ما يُعد تحايلاً في مجال الشفعة وفق أحكام القانون المدني الأردني

نصت المادة رقم "1154" من القانون المدني الأردني[1] على الآتي:

"إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها من آخر قبل أخذها بالثمن الذي قام على المشتري الأول وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق من المشتري الأول إن وجد".

إن أوجه التحايل في مجال الشفعة كثيرة غير أن القانون المدني الأردني لم يورد منها إلا هذا الوجه الوارد ذكره بالمادة أعلاه. وقد تقرر في هذه المادة أن المشتري الذي يسارع إلى بيع العين التي تجوز فيها الشفعة قبل أن تؤخذ منه بموجب هذه الشفعة، للشفيع أن يأخذها بنفس الثمن الذي اشتراها به هذا المشتري الأول الذي أصبح بائعاً ثانياً وللمشتري الثاني أن يرجع على من باع له، وهو المشتري الأول ليسترد الفرق منه إن وجد، أي أن وجد هناك فرق بين الثمنين، وهذه الحيلة متعلقة بالثمن من حيث الزيادة فيه ولكنها ليست من الحيل التي تتأكد بها الحيلولة بين الشفيع وبين الأخذ بشفعته لأنه يظل مع ذلك على شفعته إذ أن السبب الذي يشفع به لا يزال قائماً إلا إذا كان ذلك من باب الزيادة الباهظة في الثمن التي تجعله عاجزاً عن الشراء، فيكون في إعطاء القانون حقاً له في الشراء بنفس الثمن الذي اشترى به المشتري الأول حماية من هذا القصد وإبطال لهذه الحيلة[2].

8.5 الخاتمة

من خلال دراسة موضوع حق التملك بالشفعة توصّلتُ إلى نتائج وتوصيات أجملت على النحو الآتي:

1. حرص الإسلام على إيجاد مجتمع متماسك، وذلك من خلال القضاء على كل أسباب المشاحنة، فسعى جاهداً لوضع ضوابط تكفل تحقيق الحقوق لمستحقيها، فأباح الشفعة لأنها تلائم روح العدل والإنصاف.

---

(1) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م.

(2) العقاد، الشفعة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 مقارناً بالفقه الإسلامي (مرجع سابق)، ص202-203

2. الشفعة تمثل قيداً على حرية التصرف، لذلك وضعت الشريعة لها من القيود والضوابط ما يكفل تحقيق المصلحة المترتبة عليها.
3. الإسلام قائم على مبدأ الحرية والمساواة، فأثبتت الشفعة للمسلم وللذمي، وفي حالة تعدد الشفعاء من طبقة واحدة يوزع المشفوع فيه بحسب الأنصباء؛ لأن ذلك يرفع الغبن عن صاحب النصيب الأكبر، فلا يتساوى مع صاحب النصيب القليل.
4. للشفعة فوائد اقتصادية تؤدي إلى تجميع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع أو الحكر أو إنهاء الشيوع.
5. حق التملك بالشفعة حق ضعيف، فلا بد من تقويته وتأكيده بالطلب.
6. عمل القانون المدني الأردني على تضييق الأخذ بالشفعة، حيث أثبت الشفعة للشريك دون الجار.
7. للحقوق أسباب تسقط بها ولكن تتميز الشفعة بأسباب مستقلة للسقوط التي تتبع عن طبيعتها ونظامها.
8. تحريم الحيلة لإسقاط الشفعة؛ لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع، فالذي يحتال لإسقاطها بمنزلة قاصد الإضرار بالغير.

9.5 التوصيات

1. إعادة النظر في القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (38) سنة 2002م الخاصة بالشفعة والتي جعلت الشفعة مقتصرة على الشريك دون الجار، فلو بقي القانون المدني الأردني الذي أثبت الشفعة للشريك والجار فكان أفضل، لأن العمل به يحقق رفع الضرر عن الجار ما أمكن خصوصاً في هذا الزمن الذي خلت فيه مراعاة حقوق الجار.
2. لا بد من تقييد طلب الشفعة بثلاثة أيام وذلك لأن التقييد بالثلاثة أيام فيه رفع للضرر عن المشتري، وفي الوقت نفسه لا يضيع حق الشفعة بخلاف من قيدها بمجرد العلم أو كان الطلب بالمجلس، وبخلاف من أطلق في مدتها،

لأن ذلك يضر بالمشتري، حيث لا يستقر ملكه في المبيــع ولا يــتمكن مــن التصرف فيه خوفاً من ضياع جهده وأخذه بالشفعة.

3. أقترح أن يتم تقييد البائع بشرط إشعار الشفيع بواسطة كاتب العــدل برغبتــه ببيع العقار ويذكر في هذا الإشعار اسم المشتري ومقــدار الــثمن ومقــدار المبيع، ويكون هذا الإشعار محدداً لمدة معينة. وفي هذه الحالة يكون الشــفيع مطلق الحرية في إبداء رغبته بالشراء من عدمه، وبنفس الوقت يــتم تفــادي العديد من المسائل والدعاوي القانونية. التي تنشأ عن حــالات إثبــات علــم الشفيع بالبيع أو عدم علمه. وتختصر وقت المحاكم والأفراد مــن الانتظــار فترات طويلة لصدور الأحكام التي قد تستغرق سنوات طويلة، كما تفيد فــي منع بعض الحيل التي قد يلجأ إليها البائع أو المشــتري لمنــع الشــفيع مــن استخدام حقه بالشفعة، طالما أن القانون سيلزمه بإعلامه بواسطة الإشعار.

المراجع

ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبي عبدالله بن محمد. (ت751هـ). (د.ت)، **أعلام الموقعين**، د.ط، دار الجيل، بيروت.

ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم. (ت318هـ). (د.ت)، **الإجماع**، تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد، ط2، مكتبة الفرقان، عجمان.

ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد. (ت972هـ). (د.ت)، **منتهى الإرادات**، تحقيق عبدالله التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت.

ابن الهمام، كمال الدين بن عبدالواحد السيواسي. (ت681هـ). **شرح فتح القدير**، ط2، دار الفكر، بيروت.

ابن أنس، مالك. (1323هـ). **المدونة الكبرى**، د.ط، مطبعة السعادة، مصر.

ابن أنس، مالك. (1323هـ)، (1993م). **الموطأ**، ط2، بيروت، دار الجيل.

ابن تيمية، أحمد تقي الدين أبو العباس بن شهاب. (د.ت). **مجموع فتاوى شيخ الإسلام**، د.ط، دار الرحمة، د.م.

ابن حجر، شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني. (ت852هـ). (د.ت)، **لسان الميزان**، د.ط، دار الفكر، بيروت.

ابن حزم، علي بن أحمد. (1988م). **المحلى بالآثار**، تحقيق عبدالغفار البنداري، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد. (ت520هـ). (1988م)، **البيان والتحصيل**، تحقيق أحمد الحبابي، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (الحفيد). (ت595هـ). (1996م)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تحقيق علي محمد معوض، وعادل عبدالموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع. (1990م). **الطبقات الكبرى**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن عابدين، محمد أمين. (2003م). **رد المحتار على الدر المختار**، د.ط، دار عالم الكتب، الرياض.

ابن فارس، أبو الحسين أحمد. (ت395هـ). (1991م)، **مقاييس اللغة**، ط1، دار الجيل، بيروت.

ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله (ت620هـ). (2000م)، **الكافي**، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي.

ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن احمد. (ت630هـ). (د.ت). **المغني والشرح الكبير**، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن ماجة، أبو عبدالله محمد بن يزيد. (ت275هـ). د.ت، **سنن ابن ماجة**، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي. د.ط. د.م.

ابن مفلح، شمس الدين أبي عبدالله محمد المقدسي. (ت763هـ). (1967م)، **الفروع**، مراجعة عبدالستار أحمد فرَّاج، ط3، عالم الكتب، بيروت.

ابن مفلح، أبو إسحق برهان الدين بن محمد بن عبدالله. (ت884هـ). (د.ت)، **المبدع في شرح المقنع**، د.ط، المكتب الإسلامي، قطر.

ابن منظور، جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم. (ت711هـ). (2003م)، **لسان العرب**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن نجيم، زين الدين. (1993م)، **البحر الرائق كنز الدقائق**، ط3، دار المعرفة، بيروت.

أبو السعود، رمضان. (1986م)، **الوسيط في الحقوق العينية الأصلية**، د.ط، الدار الجامعية، الإسكندرية.

أبو السعود، رمضان. (2005م)، **النظرية العامة للحق**، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. (1988م)، خيار الشفعة، **مجلة الحقوق**، العدد الثاني، الكويت، ص17.

أبو داود، سليمان بن الأشعث. (ت275هـ). (1988م)، **سنن أبي داود**، د.ط، الدار المصرية، القاهرة.

أبو داوود، محمود بن أحمد بن موسى. (ت855هـ). (1999م)، **شرح سنن أبي داوود**، ط1، مكتبة الرشد، الرياض.

أبو زهرة، محمد. (1996م)، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة.

أبو سنه، أحمد فهمي. (1967م)، **النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية**، د.ط، دار التأليف، مصر.

الآبي، صالح عبدالسميع. (د.ت)، **جواهر الإكليل**، د.ط، دار الفكر، بيروت.

الأتاسي، محمد طاهر. (د.ت)، **مجلة الأحكام العدلية وشرحها**، د.ط، د.م.

الأشقر، عمر سليمان عبدالله. (1999م). **نظرات في أصول الفقه**، د.ط، دار النفائس، عمان.

الأصفهاني، أحمد بن عبدالله. (ت430هـ). (1988م)، **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

إطفيش، محمد بن يوسف. (1988م). **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، د.ط، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عُمان.

الآمدي، سيف الدين أبي الحسن علي. (1985م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

الأهواني، حسام الدين كامل. (د.ت). **الحقوق العينية الأصلية**، د.ط، د.م.

البخاري، أبو عبدالله أحمد بن إسماعيل. (ت256هـ). (2001م)، **صحيح البخاري**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

البدراوي، عبدالمنعم. (1966م). **المدخل للعلوم القانونية**، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة.

البرشومي، عبدالفتاح عبدالله. (1988م)، **الرهن والشفعة في الفقه الإسلامي**، ط1، دار الطباعة المحمدية، القاهرة.

البزدوي، علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد. (ت730هـ). (د.ت)، **كشف الأسرار**، د.ط، دار الكتاب الإسلامية، القاهرة.

بني أحمد، خالد علي سليمان. (2006). **مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الأربعة في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات**، ط1، دار الحامد، عمان.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس. (2003م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق إبراهيم أحمد عبدالحميد، طبعة خاصة، دار عالم الكتب الرياض.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسن. (ت458هـ). **السنن الكبرى**، د.ط، دار المعرفة، بيروت.

الترمذي، أبو عيسى محمد. (ت279هـ). (1987م)، **سنن الترمذي**، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت.

التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر. (ت792هـ). (د.ت)، **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**، د.ط، ، دار الكتب العلمية، بيروت.

تناغو، سمير عبد السيد. (د.ت). **النظرية العامة للقانون**، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية.

الجرجاني، أبو الحسن علي بن محمد بن علي. (ت816هـ)، **التعريفات**، د.ط، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد.

الجندي، محمد. (1985م)، الشُّفْعَة في القانون المدني الأردني، **مجلة الحقوق**، العدد الأول، السنة الثالثة، ص194.

الجوهري، إسماعيل بن حماد. (1990م)، **الصحاح**، ط4، دار العلم، بيروت.

الحطّاب، أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن. (ت954هـ). (2003م)، **مواهب الجليل**، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض.

الحلّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن. (ت767هـ)، (1969م)، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، ط1، مطبعة الآداب، النجف.

حمودة، محمود محمد؛ عساف، محمد مطلق. (2000م)، **فقه المعاملات**، د.ط، مؤسسة الوراق، عمان، الأردن.

حيدر، علي. (1991م)، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، د.ط، دار الجيل، بيروت.

الحيصبي، أبو الفضل عياض بن موسى. (ت544هـ). (2002م)، **جمهرة تراجم الفقهاء المالكية**، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي.

الخفيف، علي. (1950م)، المنافع، **مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشئون القانونية والاقتصادية**، العددان الثالث والرابع، الجيزة، جامعة فؤاد الأول، ص98.

الخفيف، علي، (1996م)، **أحكام المعاملات الشرعية**، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة.

داماد أفندي، عبدالله بن محمد بن سليمان. (د.ت). **مجمع الأنهر**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الداودي، غالب. (1993م)، **المدخل إلى علم القانون وبخاصة الأردني**، ط2، مطبعة البهجة، إربد.

الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد. (د.ت). **الشرح الصغير**، د.ط، دار المعارف، القاهرة.

الدريني، فتحي. (1984م)، **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت.

الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة. (ت1230هـ). (1996م)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

الدمياطي، أبو بكر عثمان بن محمد شطة. (ت1300هـ). **حاشية إعانة الطالبين**، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت.

الرازي، عبدالرحمن بن أبي حاتم. (ت327هـ). (2002م)، **الجرح والتعديل**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر. (ت660هـ). (2001م)، **مختار الصحاح**، د.ط، دار الجيل، بيروت.

الراوشدة، محمد أحمد. (2002م)، العفو الخاص وأثره في إسقاط عقوبة القصاص، **مجلة كلية المعارف الجامعية**، العدد الرابع، السنة الثالثة، ص103.

الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس. (1984م). **نهاية المحتاج في شرح المنهاج**، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، بيروت.

زاده أفندي، شمس الدين أحمد بن قودر. (د.ت). **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار**، دار الفكر، بيروت.

الزحيلي، وهبه. (1989م). **الفقه الإسلامي وأدلته**، د.ط، دار الفكر، دمشق.

الزرقا، أحمد. (1993م). **شرح القواعد الفقهية**، ط3، دار القلم، دمشق.

الزرقا، مصطفى أحمد. (1967م)، **المدخل الفقهي العام**، د.ط، دار الفكر، دمشق.

الزركشي، بدر الدين محمد. (ت794هـ). (1992م)، **البحر المحيط**، ط2، دار الصفوة، الغردقة.

الزركشي، بدر الدين محمد. (ت794هـ)، (1982م)، **المنثور في القواعد**، ط1، مؤسسة الفليج، الكويت.

الزركشي، شمس الدين محمد بن عبدالله. (ت772هـ).(1999م)، **شرح الزركشي على مختصر الخرشي**، تحقيق كمال الجمل، ط1، مكتبة الإيمان، المنصورة.

زكي، محمود جمال الدين. (1978م)، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، د.ط، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة.

الزيلعي، جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف. (1987م). **نصب الراية لأحاديث الهداية**، ط3، د.م.

الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي. (ت743هـ). (2000م)، **تبيين الحقائق وشرح كنز الدقائق**، تحقيق أحمد عزو عناية، ط1، دار الكتب العملية، بيروت.

السرخسي، شمس الدين. (1989م)، **المبسوط**، د.ط، دار المعرفة، بيروت.

سعد، إبراهيم. (1997م). **العقود المسماة**، ط1، دار النهضة العربية، بيروت.

سعد، نبيل إبراهيم. (1997م). **الشفعة علماً وعملاً**، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية.
سعد، نبيل إبراهيم؛ قاسم، محمد حسن. (د.ت). **المدخل إلى القانون**، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية.
سلطان، أنور. (1983م). **مصادر الالتزام**، د.ط، دار النهضة العربية، بيروت.
السلطان، صالح بن محمد بن سليمان. (2002م). **أحكام المشاع في الفقه الإسلامي**، د.ط، مكتبة الملك فهد، السعودية.
السنهوري، عبدالرزاق أحمد. (1968م)، **الوسيط في شرح القانون المدني**، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
سوار، محمد وحيد الدين. (1994م). **الحقوق العينية الأصلية**، ط1، دار الثقافة، عمان.
سوار، محمد وحيد الدين. (1994م)، **النظرية العامة للالتزام**، د.ط، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق.
السوسي، أبو الطيب مولود السريري. (2002م)، **معجم الأصولية**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.
الشاطبي، إبراهيم بن موسى الخمي الغرناطي. (ت790هـ). **الموافقات**، د.ط، د.م، د.ت.
الشافعي، أحمد محمود. (1998م). **أصول الفقه الإسلامي**، د.ط، د.م.
الشافعي، محمد بن إدريس. (ت204هـ). **الأم**، د.ط، دار المعرفة، بيروت.
الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب. (1994م). **الأقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.
الشربيني، محمد. (د.ت). **مغني المحتاج**، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
الشوكاني، محمد بن علي. (1996م). **الدراري المضيئة**، ط1، دار الريان بيروت.
الشوكاني، محمد بن علي. (1999م). **نيل الأوطار**، د.ط، مكتبة الإيمان، المنصورة.
الشوكاني، محمد بن علي. (ت1250هـ). **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، تحقيق محمود إبراهيم زايد، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت.

الشيرازي، أبو إسحاق. (ت476هـ). (1996م)، **المهذب**، تحقيق محمد الزحيلي، ط1، دار البشير، جدة.

الصاوي، أحمد. (1995م). **بلغة السالك لأقرب المسالك**، تحقيق محمد عبدالسلام شاهين، ط1، ، دار الكتب العملية، بيروت.

الصدة، عبدالمنعم فرج. (1978م). **أصول القانون**، د.ط، دار النهضة العربية بيروت.

الصده، عبدالمنعم فرج. (1982م). **الحقوق العينية الأصلية**، د.ط، ، دار النهضة العربية، بيروت.

الصنعاني، أبو بكر عبدالرزاق بن همام. (ت211هـ). (1983م)، **المصنف**، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت.

الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني (ت1182هـ). (2003م)، **سبل السلام شرح بلوغ المرام في جمع أدلة الأحكام**، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت.

الضاري، حارث سليمان. (2000م)، **محاضرات في علوم الحديث**، ط4، دار النفائس، عمان.

الطعيمات، هاني. (1991م). **إسقاط الحقوق وتوريثها في الشريعة الإسلامية**، جامعة القاهرة، مصر، رسالة دكتوراه غير منشورة، ص13.

العبادي، عبدالسلام. (1974). **الملكية في الشريعة الإسلامية**، ط1، مكتبة الأقصى، عمان.

عبيدات، محمد؛ أبو نصار، محمد؛ مبيضين، عقلة. (1997م). **منهجية البحث العلمي القواعد والمراحل والتطبيقات**، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان.

العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر. (ت852هـ). (د.ت)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، د.ط، دار التقوى شبرا الخيمة.

العقاد، الخواض الشيخ. (1993م). **الشفعة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م**، ط1، دار ومكتبة الهلال، بيروت.

عُليش، محمد بن أحمد (ت 1299هـ). (2003م)، **منح الجليل شرح على مختصر الخليل**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.

عمران، محمد علي. (1989م). **الحقوق العينية الأصلية**، د.ط، د.م.

العيني، أبو محمد محمود بن أحمد.(1990م)، **البناية شرح الهداية**، ط2، دار الفكر، بيروت.

الغنيمي، عبدالغني. (ت428هـ). (1993م)، **اللباب في شرح الكتاب**، د.ط، المكتبة العلمية، بيروت.

فرج، توفيق حسن. (1983م)، **المدخل للعلوم القانونية**، د.ط، دار الثقافة الجامعية، القاهرة.

الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب. (د.ت). **القاموس المحيط**، د.ط، المؤسسة العربية، بيروت.

القدومي، منال فتحي. (1998م). **الشفعة في القانون المدني**، د.ط، د.م.

القرافي، شهاب الدين أبي العباس. (د.ت). **الفروق**، د.ط، دار المعرفة، بيروت.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. (ت1285هـ). (1994م)، **الذخيرة**، د.ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد. (ت671هـ). (1965م)، **الجامع لأحكام القرطبي**، د.ط، ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

القيرواني، ابن أبي زيد. (د.ت). **كفاية الطالب الرباني**، د.ط، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.

الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود. (ت587هـ). (1998م)، **بدائع الصنائع**، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

الكوهجي، عبدالله بن الشيخ حسن الحسن. (1982م)، **زاد المحتاج بشرح المنهاج**، تحقيق عبدالله بن إبراهيم الأنصاري، ط1، المكتبة العصرية بيروت.

كيرة، حسن. (د.ت). **المدخل إلى القانون**، ط5، دار المعارف، الإسكندرية.

كيرة، حسن. (د.ت)، (1995م)، **الحقوق العينية الأصلية**، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية.

الكيلاني، عبدالرحمن. (2000م). **قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضاً ودراسةً وتحليلاً**، ط1، دار الفكر، دمشق.

اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، (1407هـ). الشفعة، **مجلة البحوث الإسلامية**، العدد الثامن عشر، الرياض، ص5.

الماراني، ضياء الدين أبي عمرو (ت602هـ). (2002م)، **تكملة المجموع شرح المهذب المسمّى بالاستقصاء**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب. (ت450هـ). (1989م)، **الأحكام السلطانية**، د.ط، بغداد.

مبيض، محمد سعيد. (2000م)، **موسوعة حياة الصحابة**، ط1، مكتبة دار الفتح. قطر.

المجاجي، محمد سكحال. (2001م). **أحكام عقد البيع**، ط1، دار ابن حزم، بيروت.

مدكور، إبراهيم. (د.ت). **المعجم الوجيز**، ط1، دار التحرير، مصر.

مدكور، محمد سلام. (د.ت). **أصول الفقه الإسلامي**، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة.

مراد، يحيى. (2004م)، **معجم تراجم أعلام الفقهاء**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

المرتضى، المهدي لدين الله أحمد بن يحيى. (ت830هـ). (2001م)، **البحر الزخار**، ط1، دار الكتب العلمية بيروت

المرداوي، علاء الدين أبي الحسن بن سليمان. (ت885هـ). (1997م). **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج. (ت261هـ)، (2001م)، **صحيح مسلم**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

المعايطة، بسمة. (2003م). **الشفعة في القانون المدني الأردني**، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ص10.

معلوف، لويس. (1379هـ). **المنجد**، ط35، الناشر فرحان، طهران.

منصور، محمد حسن. (2000م). **الحقوق العينية الأصلية**، د.ط، الدار الجامعية. بيروت.

الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود. (د.ت)، **الاختيار لتعليل المختار**، د.ط، دار المعرفة، بيروت.

النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي. (1986م). **سنن النسائي**، د.ط، دار الحديث، القاهرة.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف. (ت676هـ). **روضة الطالبين**، تحقيق عادل عبدالموجود وعلي محمد معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

هندي، أحمد. (2002م). **أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية**، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

الهيتمي، شهاب الدين أبي العباس أحمد. (ت974هـ). (2001م)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.

ياسين، محمد نعيم. (2005). **نظرية الدعوى من الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، ط3، دار النفائس، عمان.

ملحق (أ)

فهرس الآيات

ملحق (أ)

فهرس الآيات

الرقم	الآية	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة الواردة فيها
1	﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُم وَمَا يَشْعُرُونَ﴾	البقرة	9	
2	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾	النساء	29	
3	﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ جَعَلَ السِّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ... ﴾	يوسف	70	
4	﴿فَبَدَأَ بِأَوْعِيَتِهِمْ قَبْلَ وِعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِن وِعَاءِ أَخِيهِ.... ﴾	يوسف	76	
5	﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحاً تَرْضَاهُ﴾	النمل	19	
6	﴿خُذْ بِيَدِكَ ضِغْثاً فَاضْرِب بِّهِ وَلَا تَحْنَثْ﴾	ص	44	

ملحق (ب)
فهرس الأحاديث الشريفة

ملحق (ب)

فهرس الأحاديث الشريفة

الرقم	الحديث	الصفحة الوارد فيها
1	"إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها...".	
2	"إذا وقعت الحدود...".	
3	"الجار أحق بشفعة جاره...".	
4	"الشريك شفيع والشفعة في كل شيء"	
5	"الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع..."	
6	"الشفعة كحل العقال".	
7	"الشفعة كنشط العقال".	
8	"إنما جعل النبي –صلى الله عليه وسلم– فيما كل ما لا يقسم...".	
9	"جار الدار أحق بالدار من غيره".	
10	"قاتل الله اليهود ...".	
11	"قضى بالشفعة بين الشركاء في الدور...".	
12	"قضى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود....".	
13	"قضى رسول الله –صلى الله عليه وسم– في كل شركة لم تقسم ربعه...".	
14	"لا شفعة لنصراني".	
15	"لا يحل مال أمريء مسلم إلا بطيب ....".	
16	"وقف على سعد بن أبي وقاص، فجاء المسور...".	

ملحق (ج)

فهرس الأعلام

ملحق (ج)

فهرس الأعلام

أ. الأعلام المترجم لهم

ب. الأعلام غير المترجم لهم.

سعد بن أبي وقاص	
شعبة	
عبدالسلام العبادي	
عطاء	
علي الخفيف	
فتحي الدريني	
محمد أبو زهرة	
محمد سكحال المجاجي	
مسلم	
المسور بن مخرمة	
مصطفى الزرقا	
النسائي	
هاني الطعيمات	
وكيع	
وهبة الزحيلي	
يحيى بن معين	